



CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
IX COMMISSIONE – TIROCINIO E FORMAZIONE PROFESSIONALE

Incontro di studio sul tema:
“L’illecito civile e la famiglia”
Roma, 10 - 12 ottobre 2011
Ergife Palace Hotel

Il diritto dei figli alla salvaguardia della relazione genitoriale anche alla luce dell’art. 8 CEDU: la responsabilità del genitore non affidatario per omesso esercizio del diritto di visita e quella del genitore affidatario che ostacoli il diritto di visita del genitore non affidatario.

Relatore
dott. Michele Prencipe
Giudice del Tribunale di Bari

I. IL DIRITTO DEI FIGLI ALLA SALVAGUARDIA DELLA RELAZIONE GENITORIALE: L'EVOLUZIONE NORMATIVA, DAL CODICE CIVILE DEL 1942 ALL'ATTUALITÀ.

I.A. IL CODICE CIVILE DEL 1942.

Il codice civile del 1942 disciplinava nel libro primo (*“Delle persone e della famiglia”*), titolo VI (*“Del matrimonio”*), capo V (*“Dello scioglimento del matrimonio della separazione dei coniugi”*), lo scioglimento del matrimonio, che si verificava solo in caso di morte di uno dei coniugi (art. 149 c.c.), e la separazione personale dei coniugi (artt. 150 e ss. c.c.).

Con riferimento alla separazione personale dei coniugi (istituto già previsto nel codice civile del 1865) la normativa prevedeva che, qualora dall'unione coniugale fossero nati figli, il Tribunale, nel pronunciare la separazione personale, dichiarava quale dei coniugi dovesse tenere presso di sé i figli e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione e istruzione (art. 155 comma 1° c.c.); in ogni caso, il Tribunale poteva ordinare, per gravi motivi, che la prole fosse collocata in un istituto di educazione o presso una terza persona (art. 155 comma 3° c.c.), fermo restando che il padre e la madre, qualunque fosse la persona a cui i figli erano affidati, conservavano *“il diritto di vigilare la loro educazione”* (art. 155 comma 4° c.c.).

A fronte della evidente genericità delle disposizioni contenute nell'art. 155 c.c., le quali non precisavano quali criteri i Tribunali avrebbero dovuto seguire nell'adottare i provvedimenti riguardanti i figli (l'omissione probabilmente era dovuta al fatto che la separazione era considerata un avvenimento 'anomalo' nella vicenda matrimoniale, per lo più ricollegabile ad un comportamento 'colpevole' di un coniuge¹, ed all'ulteriore – non trascurabile – fatto che l'ordinamento giuridico italiano non prevedeva il divorzio), gli interpreti tentarono di aggirare l'ostacolo richiamando l'art. 147 c.c., che imponeva *“ad ambedue i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare e istruire la prole”*, specificando che l'educazione e l'istruzione

¹ secondo l'art. 151 c.c., la separazione poteva essere chiesta per causa di adulterio, di volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi (comma 1°), fermo restando che, nel caso di adulterio del marito, occorreva anche la concorrenza di circostanze tali da integrare gli estremi di una *“ingiuria grave alla moglie”* (comma 2°, tuttavia dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 127/1968 della Corte Costituzionale per violazione dell'art. 29 comma 2° della Costituzione). Gli artt. 152 e 153 cc. prevedevano, rispettivamente, la separazione *“per condanna penale”* e *“per non fissata residenza”*.

dovevano “*essere conformi ai principi della morale*”².

I.B. LE LEGGI NN. 898/1970, 151/1975 E 74/1987.

Il suesposto quadro normativo subì un significativo mutamento nel periodo compreso tra l’anno 1970 e l’anno 1987, per effetto dell’entrata in vigore delle leggi n. 898/1970, n. 151/1975 e n. 74/1987.

I.B.1. *La L. n. 898/1970.*

La L. n. 898/1970³, successivamente confermata in sede di *referendum* (svoltosi nei giorni 12 e 13/05/1974 e conclusosi con la sconfitta dei promotori del *referendum* abrogativo), introdusse il divorzio nel nostro ordinamento (istituto non del tutto nuovo, perverso, essendo stato già introdotto in Italia nell’epoca napoleonica, tra la fine del XVIII e l’inizio del XIX secolo, ma in seguito ‘scomparso’ dall’ordinamento giuridico, non essendone stata fatta menzione sia nel codice civile del 1865 sia in quello del 1942⁴) e dettò specifiche disposizioni riguardo ai provvedimenti relativi alla prole⁵.

In particolare meritano di essere ricordati gli artt. 6, 11 e 12 della L. n. 898/1970.

L’art. 6 stabiliva che, anche nel caso di passaggio a nuove nozze di uno o di entrambi i genitori, permaneva l’obbligo, ai sensi degli articoli 147 e 148 c.c., di mantenere, educare ed istruire i figli nati o adottati durante il matrimonio di cui fosse stato pronunciata lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili; prevedeva che il Tribunale, nel pronunciare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, disponesse a quale dei coniugi i figli dovessero essere affidati sotto la vigilanza del giudice tutelare ovvero come, per gravi motivi, si dovesse altrimenti provvedere sull’affidamento, ed assumesse ogni altro provvedimento relativo alla prole; specificava che in ogni caso il padre e la madre conservavano il

² il testo originario dell’art. 147 c.c., perverso, richiedeva la conformità dell’educazione e dell’istruzione “*ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista*”: tuttavia le parole “*e al sentimento nazionale fascista*” furono soppresse dall’art. 3 comma 2° del D.Lg.Lgt. n. 287/1944.

³ recante “*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*”.

⁴ come detto, l’art. 149 del codice civile del 1942 prevedeva, quale unica ipotesi di scioglimento del matrimonio, la morte di uno dei coniugi. Soltanto con l’entrata in vigore della L. n. 898/1970 (di cui si dirà più oltre) furono introdotti nell’ordinamento giuridico altri casi di scioglimento del matrimonio e di cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso, espressamente menzionati nell’art. 149 c.c., come sostituito dall’art. 31 della L. n. 151/1975 (di cui pure si dirà più oltre).

⁵ si vedano, in particolare, gli artt. 6, 11 e 12 della L. n. 898/1970.

diritto e l'obbligo di vigilare sull'educazione della prole e che l'affidamento ed i provvedimenti riguardanti i figli dovevano avere come esclusivo riferimento l'interesse morale e materiale degli stessi; affidava al Tribunale il compito di stabilire misura e modalità di contribuzione dell'altro coniuge al mantenimento, all'istruzione e alla educazione dei figli, nonché di dare disposizioni circa l'amministrazione dei beni di questi; attribuiva infine al Tribunale il potere di nominare un tutore, indipendentemente dal verificarsi di fatti che costituissero motivo di decadenza dalla patria potestà, nel caso in cui i genitori trascurassero i loro doveri nei confronti dei figli minori o legalmente incapaci o ne mettessero in pericolo gli interessi.

L'art. 11 conferiva a ciascun genitore l'esercizio della patria potestà sui figli affidatigli, salva diversa disposizione del Tribunale; prevedeva che il genitore affidatario amministrasse i beni dei figli, con l'obbligo di rendere conto annualmente al giudice tutelare, e avesse l'usufrutto di tali beni fino al passaggio a nuove nozze; attribuiva all'altro genitore il diritto di vigilare ed il dovere di collaborare all'educazione ed all'istruzione dei figli nonché la facoltà di ricorrere al giudice tutelare per denunciare i provvedimenti presi dal genitore esercente la patria potestà, qualora ritenuti pregiudizievoli per il figlio, ed assegnava al giudice tutelare il potere di dichiarare, previo ascolto del figlio che avesse compiuto il 14° anno di età, quale dei provvedimenti fosse adeguato all'interesse del minore.

L'art. 12 estendeva l'applicabilità di alcune disposizioni del codice civile (tra cui quelle dell'art. 155, ricordate in precedenza) anche nel caso di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

I.B.2. *La L. n. 151/1975.*

La L. n. 151/1975⁶ operò, in materia di famiglia, una notevole trasformazione della previgente disciplina legislativa.

In particolare l'art. 155 c.c., integralmente sostituito dall'art. 36 della L. n. 151/1975, attribuì al giudice della separazione il potere di individuare il coniuge affidatario e di adottare ogni altro provvedimento relativo alla prole *“con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa”*, di stabilire la misura e le modalità di contribuzione dell'altro coniuge al

⁶ recante *“Riforma del diritto di famiglia”*.

mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli nonché *“le modalità di esercizio dei suoi diritti nei rapporti con essi”*; dispose che il coniuge affidatario avesse *“l'esercizio esclusivo della potestà sulla prole”*, salva diversa disposizione del giudice (infatti il giudice – alle cui condizioni il genitore affidatario aveva l'obbligo di attenersi – poteva assegnare ad entrambi i genitori, pur nell'ambito dell'affidamento 'monogenitoriale', l'esercizio della potestà sui figli); stabilì che *“le decisioni di maggiore interesse per i figli”* fossero adottate da entrambi i coniugi, salva diversa disposizione del giudice; riconobbe al coniuge non affidatario *“il diritto ed il dovere di vigilare”* sull'istruzione e sull'educazione dei figli nonché la facoltà di ricorrere al giudice allorquando l'altro coniuge avesse assunto decisioni pregiudizievoli al loro interesse (facoltà, si noti bene, non prevista per il genitore affidatario, il che dimostrava oggettivamente il maggiore 'peso' nella vita della prole implicitamente riconosciuto a tale genitore, sì da rendere superfluo il conferimento, al medesimo, della facoltà *de qua*); attribuì al giudice, in ogni caso, il potere di ordinare, per gravi motivi, che la prole fosse collocata presso una terza persona o, nel caso di impossibilità, in un istituto di educazione; infine impose al giudice di *“tener conto dell'accordo fra le parti”* nell'emanazione dei provvedimenti relativi all'affidamento ed al mantenimento dei figli, chiarendo tuttavia, nel contempo, che il giudice poteva adottare provvedimenti diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo, previa assunzione di mezzi di prova disposti anche *ex officio*, fermo restando il diritto dei coniugi *“di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e le disposizioni relative alla misura e alle modalità del contributo”*.

Può dunque affermarsi che, con la legge di riforma del 1975, cominciò ad emergere in maniera prepotente la necessità di prestare maggiore attenzione ai bisogni della prole (come confermato, del resto, dall'art. 147 c.c. nel testo sostituito dall'art. 29 della L. n. 151/1975, che imponeva – ed impone – ai coniugi, nell'adempimento dell'obbligazione di mantenimento, istruzione ed educazione, di tenere *“conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle*

*aspirazioni dei figli*⁷), dovendo il giudice, nell'assumere i provvedimenti relativi ai figli (ormai individuati come i soggetti più indifesi e deboli nelle crisi familiari e, quindi, più meritevoli di tutela), tenere conto "esclusivamente" del loro interesse morale e materiale, al chiaro fine – se non di elidere, quanto meno – di attenuare il pregiudizio arrecato alla prole dalla perdita di stabili punti di riferimento (e dunque ben potendo il giudice, ricorrendone i presupposti, prescindere anche completamente dalle aspettative dei genitori, qualora portatori di interessi non convergenti – o addirittura confliggenti – con quelli dei figli).

In buona sostanza, il novellato art. 155 c.c. disciplinò *ex novo*, in materia di separazione personale dei coniugi, i provvedimenti riguardanti la prole (ed in tal modo colmò anche le lacune della norma precedente), prevedendo l'affidamento monogenitoriale⁸, attribuendo al genitore affidatario l'esercizio esclusivo della potestà sui figli⁹ e riconoscendo al genitore non affidatario "diritti nei rapporti con essi" (il più significativo dei quali era il cosiddetto "diritto di visita")¹⁰ nonché la partecipazione alle decisioni di maggiore interesse per i figli¹¹, il diritto-dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e la facoltà di ricorrere al giudice per contrastare le decisioni –

⁷ rispetto alla precedente formulazione della norma, dunque, possono essere individuate due significative novità: per un verso cadde ogni riferimento alla necessità che l'educazione e l'istruzione fossero "conformi ai principi della morale" (l'originario riferimento "al sentimento nazionale fascista" era già stato eliminato dall'art. 3 comma 2° del D.Lg.Lgt. n. 287/1944, come ricordato in precedenza); per altro verso si attribuì alla prole un ruolo di maggior rilievo, dovendo i genitori tenere conto "delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli" (aspetti che, ovviamente, costituivano elementi da valutare nell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c.).

⁸ nella prassi quasi sempre alla madre, soprattutto nel caso di tenera età dei figli, salvi casi particolari.

⁹ tale era l'ipotesi, per così dire, 'normale', essendo l'esercizio della potestà da parte di entrambi genitori regolato espressamente come ipotesi 'eccezionale', subordinata ad una specifica disposizione del giudice. L'esercizio esclusivo della potestà, peraltro, non andava (e non va) assolutamente confuso con la "titolarità esclusiva" della potestà, poiché l'art. 317 c.c. (novellato anch'esso dalla L. n. 151/1975, art. 139) prevedeva (e prevede) espressamente che "La potestà comune dei genitori non cessa quando, a seguito di separazione, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, i figli vengono affidati ad uno di essi. L'esercizio della potestà è regolato, in tali casi, secondo quanto disposto nell'articolo 155", di talché ben può dirsi che con la riforma del diritto di famiglia del 1975 cominciarono ad emergere, sia pur pallidamente, i primi segni della "bigenitorialità", concetto introdotto dalla L. n. 74/1987 e poi affermato in modo pieno dalla L. n. 54/2006.

¹⁰ diritti da esercitarsi, tuttavia, secondo le modalità stabilite dal giudice.

¹¹ la norma non indicava quali fossero "le decisioni di maggiore interesse per i figli". La lacuna fu colmata, almeno in parte, dalla giurisprudenza (il cui orientamento trovò l'avallo della dottrina), la quale precisò che "decisioni di maggiore interesse" erano quelle in grado di incidere maggiormente nella vita del figlio (ad esempio quelle riguardanti indirizzo scolastico, educazione religiosa, trasferimento all'estero, terapia medica in casi particolari).

asseritamente pregiudizievoli all'interesse della prole – assunte dal genitore affidatario¹².

I.B.3. La L. n. 74/1987.

La L. n. 74/1987¹³ modificò profondamente la legge sul divorzio, introducendo, accanto all'affidamento monogenitoriale (già previsto nel testo originario dell'art. 6 della L. n. 898/1970, sia pure con le peculiarità – si pensi, ad esempio, al potere di vigilanza attribuito al giudice tutelare – già precedentemente evidenziate¹⁴), i nuovi istituti dell'affidamento “congiunto” e dell'affidamento “alternato”.

Il legislatore, perverso, non spiegò che cosa dovesse intendersi per affidamento “congiunto” (ricollegabile all'esperienza nordamericana della *joint custody*, poi adottata anche in alcuni paesi europei ed apparsa timidamente anche in Italia in qualche pronuncia di merito¹⁵) né indicò i criteri ai quali i tribunali si sarebbero dovuti uniformare nella scelta dell'uno o dell'altro tipo di affidamento [infatti la norma, applicabile analogicamente anche alla separazione personale dei coniugi, stante la evidente identità di *ratio*¹⁶, si limitò a subordinare la possibilità di disporre l'affidamento congiunto ad una previa valutazione di “utilità” all'interesse dei minori (da intendersi come puntualizzazione, con specifico riferimento al profilo dell'affidamento, del principio dell’*“esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale”* dei figli indicato nel primo periodo del comma 2° del novellato art. 6 della L. n. 898/1970¹⁷, da valutarsi *“anche in relazione all'età degli stessi”*]. L'affidamento congiunto introdotto dalla L. n. 74/1987, dunque, si sostanziava in un “esercizio comune della potestà genitoriale” (come del resto poteva anche desumersi *a contrario* dal comma 4° del medesimo art. 6, che, nel disciplinare l'affidamento ‘monogenitoriale’ in

¹² in favore del genitore affidatario, come evidenziato in precedenza, non era prevista la facoltà di ricorso al giudice.

¹³ recante *“Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio”*.

¹⁴ v. sopra, *sub I.B.1.*

¹⁵ C. app. Milano, 09/05/1986 (in *Dir. Famiglia* 1986, p. 1019); Trib. Piacenza, 04/02/1986 (in *Dir. Famiglia* 1986, p. 183).

¹⁶ Cass., sez. 1^a civ., n. 18187/2006; Cass., sez. 1^a civ., n. 1202/2006; Cass., sez. 1^a civ., n. 12775/1995; Cass., sez. 1^a civ., n. 4936/1991.

¹⁷ è stato da più parti osservato, correttamente, che la valutazione esclusiva dell'interesse morale e materiale dei figli in materia familiare costituisce, soprattutto nei casi dubbi e/o in presenza di lacune normative, la ‘stella polare’ dell'interprete.

materia divorzile, riproponeva disposizioni che ricalcavano quasi alla lettera quelle dettate in materia di separazione personale dal comma 3° dell'art. 155 c.c. novellato dalla L. n. 151/1975¹⁸), introdotto all'evidente fine di tentare di attenuare i traumi che la disgregazione del nucleo familiare quasi inevitabilmente cagionava alla prole, essendo del tutto evidente che con l'affidamento monogenitoriale gli effetti della rottura dell'unione dei coniugi si riverberavano direttamente ed immediatamente sui figli (i quali, in buona sostanza, finivano col 'perdere', anche solo parzialmente, continuità di rapporti con il genitore non affidatario), mentre l'affidamento congiunto era in grado di facilitare nei figli la convinzione di essere coinvolti solo indirettamente nella crisi familiare, in quanto vicenda riguardante direttamente i genitori.

L'affidamento alternato, che prima dell'entrata in vigore della L. n. 74/1987 era stato ritenuto non applicabile analogicamente nei casi di separazione personale dei coniugi (a differenza dell'affidamento congiunto, come visto in precedenza), in ragione dell'oggettivo contrasto con la disposizione di cui al novellato art. 155 comma 1° c.c.¹⁹, si risolveva nella previsione e regolamentazione di una vera e propria turnazione dei genitori nell'affidamento della prole in periodi predeterminati, con esercizio esclusivo della potestà da parte di ciascuno di essi durante i periodi di permanenza dei figli presso di sé²⁰. L'introduzione dell'istituto dell'affidamento alternato intendeva senz'altro favorire la conservazione dei rapporti dei figli con entrambi i genitori, sia pure in forma 'alternata' (e dunque 'parcellizzata' sia sotto il profilo temporale sia, inevitabilmente, sotto i profili spaziale e relazionale), ma proprio per questo ha avuto nella prassi scarsissima applicazione, essendosi ben presto rilevato che esso finiva con il precludere

¹⁸ un'attenta analisi, tuttavia, permette di cogliere una importante differenza: alla parola "coniuge", utilizzata nell'art. 155 c.c. (nel testo risultante dopo la sostituzione operata dall'art. 36 della L. n. 151/1975), subentra, nell'art. 6 della L. n. 898/1970 (come sostituito dall'art. 11 della L. n. 74/1987), la parola "genitore". La differenza non è puramente terminologica, poiché dimostra il cambio di prospettiva del legislatore, intenzionato ad attribuire rilievo ai rapporti interpersonali tra i coniugi più in quanto genitori (in funzione della prole, dunque) che non in quanto persone legate da vincolo matrimoniale.

¹⁹ dopo l'entrata in vigore della L. n. 74/1987, viceversa, la Corte Suprema ha ritenuto l'applicabilità dell'art. 6 della L. n. 898/1970, in via d'analogia, alla separazione personale dei coniugi (Cass., sez. 1^a civ., n. 4936/1991, cit.; Cass., sez. 1^a civ., n. 12275/1995, cit.).

²⁰ si è acutamente osservato, in dottrina, che mentre con l'affidamento congiunto i genitori 'ruotavano' intorno ai figli, con l'affidamento alternato erano i figli a 'ruotare' intorno ai genitori.

(o quanto meno con il rendere molto più difficile) alla prole minorenni la possibilità di ‘mettere radici’ e di fruire, nella delicata fase della crescita, di contesti scolastici, affettivi, relazionali *et c.* almeno tendenzialmente stabili.

I.C. GLI ULTERIORI SVILUPPI NORMATIVI.

All’ultima delle leggi suindicate (L. n. 74/1987) va senz’altro riconosciuto il merito di avere introdotto in Italia il principio della “bigenitorialità”, cristallizzando nell’ordinamento positivo il diritto della prole minorenni di conservare, anche dopo (e nonostante) la disgregazione del nucleo familiare, costanti contatti e rapporti con ambedue i genitori, al fine di salvaguardare l’esigenza della prole di (continuare a) crescere in maniera corretta e serena.

Infatti, in conseguenza del sopra esposto mutamento del quadro legislativo, l’attenzione della giurisprudenza e della dottrina necessariamente si dovette spostare dal (tradizionale) piano dei “diritti dei coniugi” in crisi (ed in particolare di quelli del genitore non affidatario) nei rapporti con i figli al (nuovo) piano dei “diritti dei figli” (costituzionalmente garantiti²¹) nei rapporti con i genitori (affidatari e/o non affidatari).

La presente relazione, tuttavia, sarebbe fatalmente lacunosa qualora omettesse di menzionare gli ulteriori puntelli normativi – alcuni dei quali posti in essere *medio tempore*, ossia nel periodo compreso tra il 1987 ed il 2006, o addirittura prima – che hanno consentito di passare dalle riforme degli anni ‘70 ed ‘80 all’ultima riforma del 2006.

I.C.1. La L. n. 184/1983.

L’art. 1 della L. n. 184/1983²² (tra l’altro) affermò il principio che “*Il minore ha diritto di essere educato nell’ambito della propria famiglia*” (art. 1 comma 1°), disciplinò l’istituto dell’affidamento familiare [disposto dal servizio locale “*previo consenso manifestato dei genitori o del genitore esercente la potestà, ovvero dal tutore, sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e, se opportuno, anche di età inferiore*”, con provvedimento reso esecutivo con decreto del giudice tutelare (art. 4 comma 1°)], attribuì al tribunale per i minorenni il potere di provvedere – in mancanza di assenso dei genitori esercenti la potestà o del tutore – nelle forme degli artt. 330 e ss. c.c. (art. 4 comma 2°) e stabilì che l’affidatario dovesse provvedere al mantenimento ed

²¹ v. artt. 2, 3, 29, 30 Cost.

²² recante “*Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori*”.

alla educazione ed istruzione del minore *“tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi fosse stata pronuncia ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile...”* nonché *“agevolare i rapporti tra il minore e i suoi genitori e favorirne il reinserimento nella famiglia d’origine”* (art. 5 commi 1° e 3°).

La *ratio* della L. n. 184/1983, chiaramente diretta a salvaguardare l’esigenza del minore di conservare il rapporto con i propri genitori, è stata confermata e rafforzata dalla L. n. 149/2001²³, la quale, nel modificare la legge del 1983, espressamente riconobbe il *“Diritto del minore ad una famiglia”* (così recita l’attuale epigrafe della L. n. 184/1983, dopo la sostituzione operata dall’art. 1 comma 1° della L. n. 149/2001), affermando (tra l’altro) non solo che *“Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia”* (art. 1 comma 1° L. n. 184/1983 novellato)²⁴, ma anche che *“Il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell’ambito di una famiglia è assicurato senza distinzione di sesso, di etnia, di età, di lingua, di religione e nel rispetto delle identità culturale del minore e comunque non in contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento”* (art. 1 comma 5° L. n. 184/1983 novellato).

I.C.2. Le convenzioni internazionali.

I.C.2.a. La Convenzione di New York del 1989.

La L. n. 176/1991, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 135 Suppl. Ord. del giorno 11/06/1991 ed entrata in vigore in data 12/06/1991 (art. 3), autorizzò il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20/11/1989 (art. 1), e diede ad essa piena ed intera esecuzione a decorrere dalla data della sua entrata in vigore in conformità a quanto disposto dall’art. 49 della Convenzione stessa (art. 2).

La convenzione, dopo avere precisato il significato del termine *“fanciullo”*²⁵, stabilì (nel preambolo) che *“il fanciullo, ai fini dello sviluppo armonioso e*

²³ recante *“Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante “Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori”, nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile”*.

²⁴ come può notarsi, il diritto del minore è stato ampliato, poiché al diritto del minore di *“essere educato”* nell’ambito della propria famiglia si è aggiunto il diritto del minore di *“crescere”* nell’ambito della propria famiglia.

²⁵ art. 1 Conv.: *“ai sensi della presente convenzione si intende per fanciullo ogni essere umano avente un’età inferiore a diciott’anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile”*.

completo della sua personalità, deve crescere in un ambiente familiare in un clima di felicità, di amore e di comprensione"; che *"l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente"* in tutte le decisioni – appunto relative ai fanciulli – di competenza degli organi legislativi, delle autorità amministrative, dei tribunali, delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale (art. 3 comma 1° Conv.); che *"Gli Stati parti rispettano la responsabilità, il diritto ed il dovere dei genitori o, se del caso, dei membri della famiglia allargata o della collettività, come previsto dagli usi locali, dei tutori o altre persone legalmente responsabili del fanciullo, di dare a quest'ultimo, in maniera corrispondente allo sviluppo delle sue capacità, l'orientamento ed i consigli adeguati all'esercizio dei diritti che gli sono riconosciuti dalla presente convenzione"* (art. 5 Conv.); che il fanciullo ha *"il diritto ... a preservare ... le sue relazioni familiari, così come sono riconosciute dalla legge"* (art. 8 comma 1° Conv.)²⁶ e, qualora *"separato da entrambi i genitori o da uno di essi"*, ha *"il diritto ... di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo"* (art. 9 comma 3° Conv.); che il *"fanciullo capace di discernimento"* ha *"il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa"* (art. 12 comma 1° Conv.) ed a tal fine gli deve

²⁶ sul punto merita d'essere ricordata una nota pronuncia del Supremo Collegio, secondo cui *"Nella materia dell'affidamento dei figli minori, il giudice della separazione e del divorzio, tra i vari elementi che fondano l'individuazione del genitore affidatario, deve valorizzare il criterio della stabilità del rapporto del bambino con i luoghi in cui si esplicano quotidianamente i suoi legami affettivi ed i suoi principali interessi e che costituiscono l'ambiente' del minore, inteso come contesto materiale e psicologico in cui si sviluppa la sua personalità, in sintonia con i principi adottati dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 che, all'articolo 8, garantisce il diritto del minore «a preservare ... le sue relazioni familiari», assunte come elementi integranti della sua identità"* (Cass., sez. 1^a civ., n. 6312/1999, che ha altresì efficacemente statuito che *"In materia di affidamento dei figli minori, il giudice della separazione e del divorzio deve attenersi al criterio fondamentale dell'esclusivo interesse morale e materiale della prole, a fronte del quale la posizione dei genitori non si configura come diritto ma come munus; compito del giudice è individuare il genitore più idoneo a ridurre i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo possibile della personalità del minore, nel contesto di vita più adeguato a soddisfare le sue esigenze materiali, morali e psicologiche; ciò deve fare sulla base di un giudizio prognostico circa la capacità del padre o della madre di crescere ed educare il figlio nella nuova situazione di genitore singolo, giudizio che, ancorandosi ad elementi concreti, potrà fondarsi sulle modalità con cui il medesimo ha svolto in passato il proprio ruolo, con particolare riguardo alla sua capacità di relazione affettiva, di attenzione, di comprensione, di educazione, di disponibilità ad un assiduo rapporto, nonché sull'apprezzamento della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente che è in grado di offrire al minore"*).

essere data *“la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato...”* (art. 12 comma 2° Conv.); che *“entrambi i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l’educazione del fanciullo ed il provvedere al suo sviluppo. La responsabilità di allevare il fanciullo e di provvedere al suo sviluppo incombe innanzitutto ai genitori oppure, se del caso ai genitori del fanciullo oppure, se del caso ai suoi rappresentanti legali i quali devono essere guidati principalmente dall’interesse preminente del fanciullo”* (art. 18 comma 1° Conv.).

Può dunque senz’altro affermarsi che i principi adottati dalla Convenzione di New York del 1989, introdotti nel nostro ordinamento dalla L. n. 176/1991, per un verso confermarono alcuni dei principi che negli anni precedenti erano stati già affermati dal legislatore nazionale, in modo più o meno esplicito, e per altro verso si posero come ulteriore stimolo al raggiungimento di un quadro normativo che tutelasse in maniera organica e sempre più incisiva il diritto della prole alla salvaguardia della relazione genitoriale, tanto sotto un profilo ‘orizzontale’ (reciproco dovere dei genitori, anche se divisi, di mantenere tra loro rapporti adeguati in funzione della migliore ‘gestione’ del ruolo genitoriale nei confronti dei figli, tenendo conto del preminente interesse di questi ultimi), quanto sotto un profilo ‘verticale’ (dovere di ciascun genitore di mantenere con i figli rapporti costanti e comunque adeguati ad assicurare uno sviluppo completo ed armonioso della loro personalità nonché a soddisfare nel modo migliore le esigenze materiali, morali e psicologiche della prole).

I.C.2.b. Le Convenzioni di Lussemburgo e de L’Aja del 1980.

L. n. 64/1994, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 23 Suppl. Ord. del giorno 29/01/1994 ed entrata in vigore dopo tre mesi dal giorno della sua pubblicazione (art. 9), autorizzò il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione europea sul riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell’affidamento, aperta alla firma a Lussemburgo il 20/05/1980, nonché la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, aperta alla firma a L’Aja il 25/10/1980 (art. 1), e diede ad esse piena ed intera esecuzione a decorrere dalla data della loro entrata in vigore in conformità a quanto previsto dall’art.

22 della Convenzione di Lussemburgo e dall'art. 43 della Convenzione de L'Aja (art. 2).

La L. n. 64/1994, inoltre, dettò norme di attuazione sia delle predette convenzioni del 1980 (la prima – ossia quella del Lussemburgo – espressamente diretta alla *“istituzione di misure destinate a facilitare il riconoscimento e l'esecuzione di provvedimenti riguardanti l'affidamento di un minore”*²⁷, al fine di *“assicurare la migliore protezione dell'interesse dei minori”*, sul presupposto che *“il diritto di visita dei genitori è il normale corollario del diritto di custodia”* ed in ragione del numero crescente di casi di indebito trasferimento dei minori oltre una frontiera internazionale; la seconda – ossia quella de L'Aja – diretta a *“proteggere il minore, a livello internazionale, contro gli effetti nocivi derivanti da un suo trasferimento o mancato rientro illecito, e stabilire procedure tese ad assicurare l'immediato rientro del minore nel proprio Stato di residenza abituale, nonché a garantire la tutela del diritto di visita”*²⁸) sia di altre due importanti convenzioni

²⁷ la convenzione del Lussemburgo, dopo avere chiarito cosa dovesse intendersi per “minore” [*“una persona, qualunque sia la sua cittadinanza, che non abbia ancora raggiunto l'età di 16 anni e che non abbia diritto di fissare personalmente la propria residenza secondo la legge della sua residenza abituale o della sua cittadinanza o secondo la legge interna dello Stato richiesto”* (art. 1 lett. ‘a’ Conv.)], “provvedimento relativo all'affidamento” [*“ogni provvedimento di una autorità che disponga sulla cura della persona del minore, compreso il diritto di stabilire la sua residenza, nonché in ordine al diritto di visita”* (art. 1 lett. ‘c’ Conv.)] e “spostamento indebito” [*“il trasferimento di un minore attraverso una frontiera internazionale in violazione ad una decisione che disponga il suo affidamento emessa in uno Stato contraente ed esecutiva in tale Stato”*, nonché *“il mancato ritorno di un minore attraverso una frontiera internazionale, al termine del periodo di esercizio di un diritto di visita relativo a detto minore o al termine di ogni altro soggiorno temporaneo in un territorio diverso da quello in cui è esercitato l'affidamento”* ed *“uno spostamento dichiarato successivamente illecito ai sensi dell'articolo 12”* (art. 1 lett. ‘d’ Conv.)], disciplinò nel dettaglio (tra l'altro) il «Riconoscimento ed esecuzione di provvedimenti e ripristino dell'affidamento dei minori» (artt. 7-12) e la «Procedura» (artt. 13-16), precisando che essa per un verso non impediva che altri strumenti internazionali vincolanti lo Stato d'origine e lo Stato richiesto fossero invocati per ottenere il riconoscimento l'esecuzione di un provvedimento (art. 19 Conv.) e per altro verso non pregiudicava gli impegni che uno Stato contraente potesse avere nei confronti di uno Stato non contraente in virtù di uno strumento internazionale avente per oggetto materie regolate dalla Convenzione (art. 20 Conv.).

²⁸ la convenzione de L'Aja, dopo avere chiarito le proprie finalità [*“assicurare l'immediato rientro dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti in qualsiasi Stato contraente”* (art. 1 lett. ‘a’ Conv.); *“assicurare che i diritti di affidamento e di visita previsti in uno Stato contraente siano effettivamente rispettati negli altri Stati contraenti”* (art. 1 lett. ‘b’ Conv.)], definì i casi di illiceità del trasferimento o del mancato rientro di un minore (art. 3 Conv.) e precisò cosa dovesse intendersi per “diritto di affidamento” [*“comprende i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza”* (art. 5 lett. ‘a’ Conv.)] e per “diritto di visita” [*“comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo”* (art. 5 lett. ‘b’ Conv.)], disciplinò nel dettaglio (tra l'altro) il «Ritorno del minore» (artt. 8-20) ed il «Diritto di visita» (art. 21).

anteriori (e precisamente della Convenzione sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, aperta alla firma a L'Aja in data 05/10/1961²⁹, e della Convenzione europea relativa al rimpatrio dei minori, aperta alla firma a L'Aja in data 28/05/1970³⁰).

In particolare la L. n. 64/1994, dopo avere precisato le funzioni del Ministero della giustizia / Ufficio per la giustizia minorile³¹, attribuì tutta una serie di competenze al tribunale per i minorenni (nonché, sia pure in misura di gran lunga inferiore, al giudice tutelare³²), tra le quali meritano d'essere segnalate quella di disporre *“Il riconoscimento e l'esecuzione nel territorio dello Stato delle decisioni relative all'affidamento dei minori ed al diritto di visita adottate dalle autorità straniere ai sensi degli articoli 7, 11 e 12 della convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980”* (art. 6 comma 1°) e quella di decidere, previa eventuale audizione del minore³³, sulle richieste – presentate per il tramite dell'autorità centrale a norma degli articoli 8 e 21 della convenzione de L'Aja del 25/10/1980 – *“tendenti ad ottenere il ritorno del minore presso l'affidatario al quale è stato sottratto, o a ristabilire l'esercizio effettivo del diritto di visita”*³⁴ (art. 7)³⁵.

²⁹ alla quale era stata data esecuzione con la L. n. 742/1980.

³⁰ alla quale era stata data esecuzione con la L. n. 396/1975.

³¹ *“Il Ministero della giustizia, Ufficio per la giustizia minorile, è autorità centrale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 3 della convenzione de L'Aja del 28 maggio 1970 sul rimpatrio dei minori, dell'articolo 2 della convenzione europea di Lussemburgo del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, nonché dell'articolo 6 della convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori”* (art. 3 comma 1°); *“Il Ministero della giustizia, Ufficio per la giustizia minorile, è altresì designato come autorità centrale competente per gli adempimenti di cui agli articoli 6 e 11 della convenzione de L'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori”* (art. 1 comma 4°).

³² attuazione nello Stato dei provvedimenti adottati dalle autorità straniere ai sensi dell'art. 6 della convenzione de L'Aja del 05/10/1961 (art. 4 comma 4°).

³³ sul punto appare opportuno ricordare che l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della convenzione di New York (v. sopra), è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardano, in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25/01/1996, ratificata con la L. n. 77/2003, nonché dell'art. 155 *sexies* c.c., introdotto dalla L. n. 54/2006, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore (in termini Cass., sez. un. civ., n. 22238/2009, che ha altresì precisato che costituisce *“violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che può giustificare l'omissione, in quanto il minore è portatore di interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento il diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale”*).

³⁴ Cass., sez. I civ., n. 14960/2007 ha evidenziato che, per le vicende relative alla sottrazione internazionale di minore, la Convenzione de L'Aja 25/10/1980 (resa esecutiva con la legge di

I.C.2.c. La Convenzione di Strasburgo del 1996.

La L. n. 77/2003, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 91 Suppl. Ord. del 18/04/2003 ed entrata in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella gazzetta ufficiale (art. 4), autorizzò il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25/01/1996 (art. 1), e diede ad esse piena ed intera esecuzione a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, in conformità a quanto disposto dall'articolo 21, paragrafo 3, della Convenzione stessa (art. 2).

Con tale convenzione gli Stati membri del consiglio d'Europa e gli altri Stati firmatari della Convenzione, in considerazione (tra l'altro) della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo nonché della necessità che i diritti e gli interessi superiori dei fanciulli dovessero essere promossi e che a tal fine fosse loro consentito di esercitare tali diritti, in particolare nelle procedure in materia familiare che li concernevano (e segnatamente in quelle relative all'esercizio delle responsabilità di genitore), e di ricevere informazioni pertinenti affinché i loro diritti ed interessi superiori potessero essere promossi e le loro opinioni tenute in debito conto (preambolo ed art. 1 Conv.), riconobbe espressamente ai fanciulli (tra l'altro) il diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione (art. 3 Conv.) ed il dovere

autorizzazione alla ratifica 15 gennaio 1994, n. 64) traccia percorsi assai differenti in ragione della (diversa) natura del diritto del genitore che si assume lesa, nel senso che, in caso di violazione del diritto di custodia, attribuito al medesimo genitore in via esclusiva o congiunta, va ripristinata la situazione preesistente alla sottrazione, consentendo al minore di tornare a vivere con il genitore al quale è stato illecitamente sottratto, laddove, nel caso in cui sia compromesso il diritto di visita del genitore non affidatario, difettando il presupposto dell'illiceità del trasferimento ai sensi dell'art. 5 della Convenzione stessa, va garantita a quest'ultimo, con l'ausilio dell'autorità centrale, l'effettività dell'esercizio del suo diritto, anche attraverso una nuova definizione dei suoi rapporti con il figlio, alla luce del diverso contesto ambientale in cui egli si sia trasferito.

³⁵ le altre competenze attribuite al Tribunale per i minorenni sono le seguenti: riconoscimento ed esecuzione nel territorio dello Stato dei provvedimenti adottati dalle autorità straniere per la protezione dei minori, ai sensi dell'art. 7 della convenzione de L'Aja del 05/10/1961 (art. 4 comma 1°); adozione dei provvedimenti provvisori ed urgenti previsti dagli artt. 8 e 9 della convenzione de L'Aja del 05/10/1961 (art. 4 comma 3°); adozione delle decisioni sulle richieste di rimpatrio di minori dal territorio dello Stato, avanzate dalle autorità straniere, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, e dell'articolo 4 della convenzione de L'Aja del 28/05/1970 (art. 5 comma 1°); adozione delle decisioni sulle richieste di rimpatrio di minori verso il territorio dello Stato, avanzate dalle autorità straniere, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, e dell'articolo 14 della convenzione de L'Aja del 28/05/1970 (art. 5 comma 2°); delibazione delle richieste di rimpatrio di minori nello Stato ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, e dell'articolo 4 della convenzione de L'Aja del 28/05/1970 (art. 5 comma 3°); delibazione delle richieste di rimpatrio di minori verso uno Stato contraente ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, e dell'articolo 14 della convenzione de L'Aja del 28/05/1970 (art. 5 comma 4°).

dell'autorità giudiziaria di acquisire tutte le informazioni necessarie ai fini della decisione nell'interesse superiore del fanciullo (in particolare da parte di coloro che hanno responsabilità genitoriale) nonché di sentire il fanciullo (direttamente o indirettamente, tenendo conto del discernimento del medesimo salvo che ciò non sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso) e di tenere debitamente conto dell'opinione espressa dal fanciullo (art. 6 Conv.).

La Convenzione di Strasburgo, dunque, rafforzò vie più la tutela della prole, nel senso di assicurare ai figli la possibilità di far valere le proprie ragioni ed esigenze in via autonoma, se del caso persino in contrapposizione con l'interesse dei genitori (valutato *ex se* minusvalente rispetto al "superiore" interesse della prole), in tutte le procedure relative all'esercizio delle responsabilità di genitore (tra le quali, come può agevolmente immaginarsi, vanno annoverate non solo quelle concernenti l'adozione di provvedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale, ma anche quelle aventi per oggetto la crisi della famiglia, legittima o di fatto, e la conseguente esigenza di regolamentazione dell'affidamento dei minori e degli incontri della prole minorenni con il genitore non affidatario o non collocatario).

L.C.3. *La normativa dell'Unione Europea. In particolare: il Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29/05/2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi; il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27/11/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000*³⁶.

³⁶ viene qui solo ricordato che in data 18/12/2000 fu pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee la "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea", solennemente proclamata a Nizza in data 07/12/2000. La predetta Carta è stata successivamente adattata in data 12/12/2007 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, i quali hanno proclamato il nuovo testo della Carta. Con il trattato di Lisbona firmato in data 13/12/2007 (ratificato e reso esecutivo dall'Italia con L. n. 190/2008), entrato in vigore in data 01/12/2009 (data a decorrere dalla quale il nuovo testo della Carta ha sostituito il precedente), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ad esso allegata, ha assunto il medesimo valore giuridico dei trattati ed è divenuta giuridicamente vincolante (così Cass., sez. 3^a civ., n. 9422/2011). L'art. 7 della Carta, rubricato "Rispetto della vita privata e della vita familiare", stabilisce (tra l'altro) che "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare..."; l'art. 14 della Carta, rubricato "Diritto all'istruzione", sancisce (tra l'altro) "il

I.C.3.a. Il Regolamento (CE) n. 1347/2000.

Obiettivo dichiarato degli Stati membri dell'“Unione Europea” era (ed è ancora, ovviamente) quello di conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, nel quale fosse (e sia) garantita la libera circolazione delle persone.

Al fine di perseguire tale obiettivo l'Unione (già Comunità) Europea reputò indispensabile adottare i provvedimenti necessari per il buon funzionamento del mercato interno nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, mediante miglioramento ed accelerazione della libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia civile (rientrante nell'ambito dell'articolo 65 del Trattato), ostacolata dalle differenze tra alcune norme nazionali su competenza giurisdizionale e riconoscimento (ostative al buon funzionamento del mercato interno).

In ragione di ciò si ritenne opportuno emanare disposizioni che consentissero di unificare le norme sui conflitti di competenza in materia matrimoniale ed in materia di potestà dei genitori, semplificando le formalità per un rapido ed automatico riconoscimento delle decisioni e per la loro esecuzione, mediante lo strumento del Regolamento, atto giuridico comunitario cogente e direttamente applicabile.

Il Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio dell'Unione Europea³⁷, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri in base al trattato istitutivo della Comunità Europea, recepì sostanzialmente la convenzione stabilita sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea con atto del 28/05/1998 del Consiglio, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali; nel contempo, però, il Regolamento introdusse disposizioni nuove rispetto alla predetta convenzione, idonee ad assicurare la coerenza con alcune proprie disposizioni, applicabili anche cittadini di Stati terzi aventi vincoli sufficientemente forti con il territorio di uno degli Stati

diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche”; l'art. 24 della Carta, rubricato “Diritti del minore”, prevede che “*In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente*” (comma 2°) e che “*Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse*” (comma 3°).

³⁷ noto anche come Bruxelles II.

membri, conformemente ai criteri di competenza previsti.

Il campo di applicazione del Regolamento n. 1347/2000 (alla cui adozione non partecipò la Danimarca) fu espressamente circoscritto per un verso ai procedimenti civili ed ai procedimenti non giudiziari previsti in materia matrimoniale in determinati Stati membri, ad esclusione dei procedimenti di natura meramente religiosa, e per altro verso ai procedimenti relativi al divorzio, alla separazione personale o all'annullamento del matrimonio, limitatamente (quanto al divorzio ed all'annullamento) alle questioni relative allo scioglimento del vincolo matrimoniale, però ricomprendendo, nel campo di applicazione, la potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi per le questioni strettamente connesse con i procedimenti di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio (artt. 1-3).

Il Regolamento *de quo*, poi, si fece espressamente carico del rischio, nell'ambito della tutela dei figli di entrambi i coniugi nelle situazioni di crisi coniugale, riguardante il trasferimento all'estero del figlio ad opera di uno dei genitori, stante la ritenuta necessità di tutelare gli interessi fondamentali della prole, in particolare a norma della Convenzione dell'Aja del 25/10/1980 (art. 4), ed inoltre dispose che i procedimenti di riconoscimento dell'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro (art. 13), riconosciute negli altri Stati membri senza necessità di ricorrere ad alcun procedimento (art. 14), prevedessero disposizioni per salvaguardare i diritti della difesa e delle parti ed *"in particolare i diritti individuali dei figli in causa"* (art. 15).

Il Regolamento n. 1347/2000, nei rapporti tra gli Stati che ne erano parti, prevaleva sulle Convenzioni esplicitamente elencate³⁸, nella misura in cui queste riguardassero materie da esso disciplinate (art. 37), fermo restando che gli accordi e le convenzioni di cui al paragrafo 1 dell'art. 36 (ossia le

³⁸ e precisamente: sulla convenzione dell'Aja in data 05/10/1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori; sulla convenzione del Lussemburgo in data 08/09/1967, sul riconoscimento delle decisioni relative al vincolo matrimoniale; sulla convenzione dell'Aja in data 01/06/1970, sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali; sulla convenzione europea in data 20/05/1980, sulla riconoscimento l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento; sulla convenzione dell'Aja in data 19/10/1996, sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, e riconoscimento dell'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione, in materia di potestà dei genitori di misure per la tutela dei minori, purché il minore avesse la residenza abituale in uno Stato membro.

convenzioni vigenti alla data della entrata in vigore del Regolamento n. 1347/2000³⁹, concluse tra due o più Stati membri su materie da esso disciplinate) e le convenzioni menzionate nell'art. 37 continuavano a produrre i loro effetti nelle materie in cui non si applicasse il Regolamento *de quo* (art. 38).

I.C.3.b. Il Regolamento (CE) n. 2201/2003.

Il Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio dell'Unione Europea, introducendo disposizioni uniformi su competenza, riconoscimento ed esecuzione di decisioni in materia di potestà dei genitori sui figli comuni [e dunque in materia di "responsabilità genitoriale" (ancorché solo implicitamente, non essendovi, nel testo normativo, alcuna espressa menzione della "responsabilità genitoriale"), concernente sia il "diritto di affidamento" (individuazione del genitore convivente con la prole) sia il "diritto di visita" (determinazione di tempi e modalità di svolgimento degli incontri dell'altro genitore con i figli)], aveva costituito un primo passo verso il riconoscimento delle decisioni nel settore del diritto di famiglia.

Un secondo passo (sollecitato dalla Francia – che in data 03/07/2000 aveva presentato un'iniziativa in vista dell'adozione del regolamento del Consiglio relativo all'esecuzione reciproca delle decisioni in materia di diritto di visita ai figli minori – e dall'adozione di un programma per il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie – comprendente quelle in materia di responsabilità genitoriale – nel novembre 2000) fu compiuto mediante l'adozione, in seguito ad una proposta della Commissione europea del maggio 2002, del Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio (alla quale parteciparono anche Regno Unito e Irlanda, mentre non vi partecipò la Danimarca), che sostituì ed abrogò, a decorrere dal 01/03/2005, il Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio.

Il Regolamento n. 2201/2003⁴⁰, dopo avere ribadito la persistente validità dell'obiettivo⁴¹ e degli strumenti⁴² di cui al precedente Regolamento n.

³⁹ 01/03/2001.

⁴⁰ noto anche come Bruxelles II *bis*.

⁴¹ istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale fosse garantita la libera circolazione delle persone.

⁴² adozione delle misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile necessarie al corretto funzionamento del mercato interno.

1347/2000 (il quale aveva stabilito norme relative alla competenza, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e relative alla responsabilità dei genitori sui figli avuti in comune "*emesse in occasione di procedimenti matrimoniali*"⁴³) e ricordato le conclusioni del Consiglio europeo di *Tampere* (il quale aveva non solo approvato il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie quale fondamento per la creazione di un autentico spazio giudiziario, ma anche individuato nel "*diritto di visita*" un settore prioritario), ha evidenziato che, per garantire parità di condizioni a tutti i minori, occorre disciplinare tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale (incluse le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore⁴⁴), indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale (che era il limite del precedente Regolamento n. 1347/2000, come detto).

Il Regolamento n. 2201/2003 si fonda espressamente sulla proclamata opportunità di "*disporre di uno strumento unico in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità dei genitori*" [proprio perché l'applicazione delle norme sulla responsabilità genitoriale – le quali devono informarsi "*all'interesse superiore del minore*" – ricorre spesso nei procedimenti matrimoniali (art. 1)], precisando che in caso di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore (della cui audizione, ai fini dell'applicazione delle norme regolamentari, è riaffermata l'importanza), continua a trovare applicazione la Convenzione de L'Aja del 25/10/1980 (art. 11).

Di estremo interesse appaiono alcune delle definizioni date dal Regolamento n. 2201/2003 ed in particolare (art. 2):

- la "*responsabilità genitoriale*": i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un

⁴³ ciò stava a significare, in altre e più semplici parole, che il Regolamento n. 1347/2000 si applicava soltanto ad una limitata categoria di decisioni giudiziarie, non trovando esso applicazione con riferimento alle decisioni riguardanti genitori non coniugati o alle decisioni rese successivamente alla definizione dei procedimenti matrimoniali (divorzio, separazione personale dei coniugi, annullamento del matrimonio), con evidente disparità di trattamento dei minori (proprio per eliminare la quale vi fu la proposta della Commissione europea, volta ad estendere il campo di applicazione delle norme regolamentari a tutte le decisioni giudiziarie rese in materia di responsabilità genitoriale).

⁴⁴ con esclusione delle obbligazioni alimentari, già disciplinate dal Regolamento (CE) n. 44/2001.

minore; termine comprendente, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita [art. 2 n. 7)];

- il “*titolare della responsabilità genitoriale*”: qualsiasi persona che eserciti la responsabilità di genitore su un minore [art. 2 n. 8)];
- il “*diritto di affidamento*”: i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza [art. 2 n. 9)];
- il “*diritto di visita*”: in particolare il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo [art. 2 n. 10)];
- il “*trasferimento illecito o mancato ritorno del minore*”: il trasferimento o il mancato rientro di un minore quando avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello Stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro, se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente (ipotesi, quest’ultima, da considerarsi sussistente quando il luogo di residenza del minore, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, non può essere deciso da uno dei titolari della responsabilità genitoriale senza il consenso dell’altro titolare della responsabilità genitoriale), al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi [art. 2 n. 11)].

Tali definizioni, ancorché indicate come valide “*ai fini del presente Regolamento*”, denotano, a livello di legislazione comunitaria, l’acquisizione di una nuova consapevolezza del fondamentale concetto di “*responsabilità genitoriale*”, nel quale il tradizionale campo dei “diritti” dei genitori (che pur continuano ad essere espressamente menzionati nelle norme⁴⁵) si fonde (e si armonizza) con il campo (ineludibile) dei “doveri” dei genitori nei confronti della prole⁴⁶, al fine precipuo di salvaguardare l’interesse di quest’ultima, non a caso definito “superiore”⁴⁷. Ciò, del resto, è ‘plasticamente’ rappresentato

⁴⁵ art. 1 paragrafo 2° lett. a); art. 2 nn. 7), 9) e 11); artt. 9, 10, 11, 40, 41, 42, 48, 55, 67.

⁴⁶ art. 2 nn. 7) e 9); artt. 9, 10, 11, 40, 41, 42, 48, 55, 67.

⁴⁷ artt. 12, 15 e 23.

nell'art. 2 n. 9) del Regolamento, a mente del quale il “*diritto di affidamento*” si sostanzia nei “*diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore*” (il “diritto” non più inteso, dunque, come puro e semplice “*potere di agire per il soddisfacimento del proprio interesse*”, secondo la definizione tradizionale, bensì come “*potere attribuito per il soddisfacimento di un interesse altrui*”, quindi come “*potestà*”, da intendersi, nella materia qui in esame, come insieme di “*poteri-doveri*” finalizzati alla cura della prole, espressione della “*responsabilità genitoriale*”), onde salvaguardare il diritto dei minori di mantenere contatti diretti e personali con entrambi i genitori anche dopo l'epilogo della vicenda coniugale di questi ultimi, persino quando i genitori vivano in Stati membri diversi, prevenendo nel contempo le sottrazioni di minori perpetrati da uno dei genitori all'interno della Comunità.

I.C.4. *La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.*

Le convenzioni internazionali, di cui si è detto *sub I.C.2.*, e la normativa dell'Unione Europea (“diritto comunitario”), di cui si è detto *sub I.C.3.*, erano state precedute da un altro importante intervento a livello internazionale (non comunitario): in data 04/11/1950, infatti, era stata firmata a Roma la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fonte sovranazionale alla quale la successiva esperienza comunitaria si sarebbe ampiamente ispirata per la propria elaborazione dei diritti.

La L. n. 848/1955, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 221 del 24/09/1955 ed entrata in vigore in data 19/08/1955, autorizzò il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 nonché il Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20/03/1952 (art. 1), e diede ad essi piena ed intera esecuzione a decorrere dalla data della loro entrata in vigore (art. 2).

Nel disegno originario i Governi firmatari, membri del Consiglio d'Europa⁴⁸,

⁴⁸ tale organizzazione internazionale, avente sede in Strasburgo, non va confusa né con il Consiglio Europeo (divenuto, con il trattato di Lisbona entrato in vigore in data 01/12/2009, una delle sette istituzioni ufficiali dell'Unione Europea, composto dai capi di Stato e di governo) né con il Consiglio dell'Unione Europea menzionato in precedenza (altra istituzione ufficiale dell'Unione Europea, composto da un rappresentante di ciascuno Stato membro a livello ministeriale legittimato ad

considerato che la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo (proclamata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10/12/1948) mirava a garantire il riconoscimento e l'applicazione universali ed effettivi dei diritti che vi erano enunciati, che il fine del Consiglio d'Europa era quello di realizzare una unione più stretta tra i suoi Membri e che uno dei mezzi per conseguire tale fine era la salvaguardia e lo sviluppo dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, si risolsero a prendere le prime misure adatte ad assicurare (a livello europeo) la garanzia collettiva di certi diritti enunciati nella Dichiarazione Universale.

Il VII protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Strasburgo il 22/11/1984, dispose, all'art. 5 (rubricato "*Uguaglianza degli sposi*"), che "*I coniugi godono dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento. Il presente articolo non impedisce agli Stati di adottare le misure necessarie nell'interesse dei figli*".

La Convenzione *de qua*, successivamente, fu emendata dal Protocollo n. 11, firmato in Strasburgo in data 11/05/1994, del quale fu autorizzata la ratifica ed al quale fu data esecuzione con L. n. 296/1997.

Il titolo primo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (nota anche come Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo – C.E.D.U.⁴⁹) si compone di 17 articoli (da 2 a 18, ai quali l'intitolazione fu attribuita dall'art. 2 comma 2° del citato Protocollo n. 11), nei quali sono analiticamente indicati i diritti e le libertà riconosciuti dalle Parti Contraenti ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione (art. 1 della CEDU).

In particolare l'art. 8 della CEDU (intitolato "*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*"), giusta Protocollo n. 11 sopra citato) così recita: "*Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.*

Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale

impegnare il governo dello Stato membro).

⁴⁹ il medesimo acronimo indica anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, istituita dalla Convenzione *de qua*.

diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

Sui principi cristallizzati nell'art. 8 della CEDU [interpretato dalla Corte di Strasburgo nel senso che la tutela del diritto di conservare il rapporto con i genitori e più in generale con la famiglia fa sorgere a carico degli Stati sia obblighi negativi (astensione da atti e/o comportamenti idonei a determinare la lacerazione delle relazioni genitori/figli e più in generale familiari) sia obblighi positivi (realizzazione di atti e/o comportamenti diretti ad aiutare i genitori nel superamento di eventuali difficoltà relazionali con la prole minorenni e nella ricomposizione del nucleo familiare)]⁵⁰ si è formata un'ampia giurisprudenza, grazie alle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora innanzi solo Corte Europea o Corte di Strasburgo⁵¹).

In forza del criterio dell'interpretazione adeguatrice, alle autorità nazionali (e dunque, per quel che qui interessa, al giudice italiano) spetta il compito di interpretare ed applicare il diritto nazionale in senso conforme ai principi cristallizzati nella CEDU, in particolare seguendo i criteri interpretativi elaborati dalla Corte di Strasburgo [la quale, per espressa previsione pattizia (art. 35 CEDU), può essere adita solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne], a cui spetta il compito di verificare la conformità degli effetti ai principi della Convenzione, dei quali la giurisprudenza della Corte Europea – ossia l'interpretazione della CEDU e dei suoi protocolli – è parte integrante (art. 32 CEDU)⁵².

Fino a pochi anni fa la Corte di cassazione riteneva che le norme convenzionali avessero natura immediatamente precettiva. E poiché l'interpretazione delle norme convenzionali spettava (e spetta) in via esclusiva alla Corte di Strasburgo, ne conseguiva che il “diritto vivente”, con

⁵⁰ Corte Europea, Grande Camera, 21/10/2008, Clemeno ed altri contro Italia.

⁵¹ ciò al fine di evitare ogni possibile rischio di confusione tra la Corte di Strasburgo (indicata anch'essa con l'acronimo C.E.D.U., come la Convenzione da cui fu istituita) e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, avente sede in Lussemburgo.

⁵² sul punto, ancorché riguardante vicenda non riconducibile all'art. 8 CEDU (la questione concerneva la c.d. occupazione appropriativa), cfr. Corte di Strasburgo, dec. 27/03/2003, caso Scordino Giovanni Maria (ed altri) contro Italia.

riferimento alle situazioni giuridiche soggettive disciplinate dalla CEDU, era quello riveniente dall'elaborazione dalla Corte Europea, alla cui giurisprudenza il giudice nazionale doveva conformarsi, applicando direttamente la norma convenzionale al caso concreto e, nel caso di contrasto tra la norma della CEDU e la norma interna, disapplicando quest'ultima.

Di contrario avviso, tuttavia, si mostrò la Corte costituzionale, che in due separate pronunce (sentenze nn. 348 e 349/2007), chiarì (tra l'altro):

- ✓ che le norme della CEDU, in quanto norme pattizie, non rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 10 comma 1° Cost., poiché la norma costituzionale, con l'espressione "*norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*", si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano, sicché le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali (come la CEDU), esulano dalla portata normativa del suddetto art. 10 e non possono essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole, ovvero come norme interposte ex art. 10 della Costituzione;
- ✓ che le disposizioni della CEDU non possono avere diretta efficacia nell'ordinamento interno in forza degli artt. 10 comma 2° e 7 Cost., i quali fanno riferimento a ben identificati accordi, concernenti rispettivamente la condizione giuridica dello straniero ed i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica, e pertanto non possono essere riferiti a norme convenzionali diverse da quelle espressamente menzionate;
- ✓ che l'applicabilità delle disposizioni della CEDU nell'ordinamento interno non può trovare fondamento neanche in via indiretta nell'art. 11 Cost. (nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni), per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario, in quanto: a) il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da

parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del trattato di Maastricht del 1992; b) se è vero che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla convenzione di Roma, tuttavia tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile; c) il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale;

- ✓ che la diretta applicabilità delle norme della CEDU nell'ordinamento interno neppure può essere fatta discendere dall'art. 117 comma 1° Cost., nel testo introdotto nel 2001 con la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, il quale distingue i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» – consistenti in ciò che con l'adesione ai Trattati comunitari l'Italia è entrata a far parte di un “ordinamento” più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione – dai vincoli riconducibili agli «obblighi internazionali», tra i quali rientrano quelli derivanti dalla CEDU, che non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce norme direttamente applicabili negli Stati contraenti;
- ✓ che le disposizioni della CEDU, in mancanza di una specifica previsione costituzionale, rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale e, pur rivestendo grande rilevanza, rimangono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, nel contempo non applicando le norme interne in eventuale

contrasto;

- ✓ che l'eventuale incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU, dunque, non può trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune, in quanto, allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente, dovendosi anzi rilevare che le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento;
- ✓ che tra gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117 comma 1° Cost. (nel testo introdotto dalla legge costituzionale n. 3/2001), che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni ed assumono quindi la funzione di fonte interposta (in quanto di grado intermedio tra la Costituzione, cui sono subordinati, e la legge ordinaria), indubbiamente vi sono quelli assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU ed in particolare quello (avendo la CEDU previsto un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa) di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione; il che, peraltro, non comporta che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, siano immuni dal controllo di legittimità costituzionale della Corte costituzionale, perché trattasi di norme che, pur integrando il parametro costituzionale, rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, sicché è necessario che esse siano conformi alla Costituzione e il relativo controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117 comma 1° Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente

protetti contenuta in altri articoli della Costituzione, estendendosi quindi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali, con la conseguenza che la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l’ordinamento costituzionale italiano;

- ✓ che in definitiva, diversamente dal passato (allorché la violazione di obblighi internazionali derivanti da norme di natura convenzionale non contemplate dall’art. 10 e dall’art. 11 Cost. da parte di leggi interne comportava l’incostituzionalità delle medesime solo con riferimento alla violazione diretta di norme costituzionali), la legge costituzionale n. 3/2001 ha realizzato un rinvio ‘mobile’ alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro costituzionale, tanto da essere comunemente qualificata «norma interposta», che è soggetta a sua volta ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione, sicché al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme, e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale «interposta», egli deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117 comma 1° Cost.

In forza dell’insegnamento della Corte costituzionale (ribadito anche di recente⁵³), a cui la Corte di cassazione si è adeguata⁵⁴, il giudice comune deve

⁵³ v., ad esempio, Corte cost., n. 113/2011, secondo cui *‘Le norme della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali». Pertanto, ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all’indicato parametro. A sua volta, la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l’interpretazione della CEDU data dalla Corte europea, resta legittimata a*

interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme: nel caso in cui tale interpretazione non sia possibile, o nel caso di dubbio circa la compatibilità della norma interna con la norma convenzionale «interposta», il Giudice comune non deve (più) applicare direttamente la norma pattizia al caso concreto, disapplicando quella interna, ma deve sollevare questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117 comma 1° della Costituzione.⁵⁵

Così delimitato l'esatto perimetro entro il quale il giudice comune deve muoversi allorquando si ponga un problema di "applicazione" della CEDU

verificare se la norma della Convenzione – la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato. Sull'integrazione da parte delle norme della CEDU, quali «norme interposte», dell'art. 117 comma 1° Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali», v. Corte cost., nn. 1/2011, 196/2010, 187/2010, 138/2010, 317/2009, 311/2009, 39/2008. La Corte costituzionale ha poi ribadito, con recente sentenza (n. 80/2011), la perdurante validità di tale ricostruzione (ossia di quella affermata a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007) anche dopo il Trattato di Lisbona del 13/12/2007, entrato in vigore in data 01/12/2009.

⁵⁴ v., ad esempio, Cass., sez. 1^a civ., ord. n. 5894/2009 (che, in tema di equa riparazione per violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, ha statuito che *“il giudice chiamato ad applicare la legge n. 89 del 2001 deve adottare una interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e, se ritiene la suddetta legge inadeguata a garantire gli obiettivi della C.E.D.U., non può disapplicarla, ma – alla luce delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale – deve investire il giudice delle leggi, sollevando questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.”*); Cass., sez. 1^a civ., ord. n. 478/2011. Nel medesimo senso Cass., sez. 5^a pen., n. 16269/2010 [secondo cui *“La sopravvenuta ed imprevedibile irreperibilità dei soggetti le cui dichiarazioni siano già state ritualmente acquisite in sede predibattimentale e dei quali non possa dirsi provata la volontà di sottrarsi all'esame dibattimentale rientra nei casi di 'accertata impossibilità oggettiva' che, ex art. 111, comma quinto, Cost., derogano alla regola della formazione della prova nel contraddittorio delle parti; con la conseguenza che, in tal caso, non rileva la prospettata violazione dell'art. 6, comma terzo, lett. d) C.E.D.U. – come interpretato dalle pronunce della Corte di Strasburgo – in quanto, come si evince dalle sentenze della C. cost. n. 348 e 349 del 2007, le norme della predetta Convenzione, ancorché direttamente vincolanti, nell'interpretazione fornite dalla Corte di Strasburgo, per il giudice nazionale, non possono tuttavia comportare la disapplicazione delle norme interne con esse ipoteticamente contrastanti, se e in quanto queste ultime siano attuative di principi affermati dalla Costituzione, cui anche le norme convenzionali devono ritenersi subordinate, condizione soddisfatta, nella specie, dall'applicabilità dell'art. 111, comma quinto, Cost.”*]; Cass., sez. un. pen., n. 6026/2008; Cass., sez. 1^a pen., ord. n. 35555/2008; Cass., sez. 6^a pen., n. 9665/2011.

⁵⁵ è del tutto evidente che tale sistema presenta un difetto 'a monte', consistente nel fatto che la CEDU non conosce l'istituto del "rinvio pregiudiziale", a differenza della normativa comunitaria [v. art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea – 25/03/1957, n. 3 – 08/115/TI (in Gazzetta UE 09/05/2008, n. 115), già art. 234 del Trattato CE (Trattato istitutivo della Comunità Europea del 25/03/1957)]: l'art. 35 CEDU, anzi, dispone espressamente che la Corte di Strasburgo *“non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne”*.

nello scrutinio del caso concreto (interpretazione c.d. adeguatrice), può passarsi all'esame della giurisprudenza formatasi sull'art. 8 CEDU, menzionando (senza alcuna pretesa di completezza) alcune pronunce della Corte di Strasburgo che possono assumere rilievo ai fini della presente relazione.

- Caso *Hokkanen c. Finlandia* (ricorso n. 19823/92), sentenza 23/09/1994.
Un padre divorziato era stato privato della possibilità di vedere la figlia, affidata, dopo la morte della moglie, ai genitori di quest'ultima. I nonni della bambina, nonostante le decisioni dei giudici nazionali, si rifiutavano di fare incontrare la bambina con il padre. La Corte europea ha affermato che l'obbligo per le autorità nazionali di approntare misure per facilitare la riunione tra genitori e figli non è assoluto e che le autorità nazionali devono fare il massimo sforzo per agevolare il ricongiungimento, ferma restando la necessità di considerare gli interessi, i diritti e le libertà di tutte le persone coinvolte. In particolare è da ritenersi prioritario l'interesse del minore, sicché, allorquando i contatti del minore con il padre possano produrre una lesione dei suoi diritti (del minore), spetta alle autorità nazionali trovare un equo bilanciamento delle posizioni coinvolte. Le autorità nazionali devono compiere ogni tentativo possibile per agevolare il ricongiungimento, tenendo conto delle speciali circostanze di ciascun caso concreto. La Corte europea ha concluso nel senso che la negazione del diritto di visita del ricorrente costituisce una violazione del suo diritto al rispetto per la vita familiare (art. 8 CEDU).
- Caso *Sahin c. Germania* (ricorso n. 30943/96), sentenza 08/07/2003.
Le autorità nazionali avevano negato al padre la possibilità di vedere la figlia in considerazione della situazione altamente conflittuale esistente tra questi e la madre. I giudici tedeschi avevano individuato i gravi motivi che consentivano la limitazione del diritto di visita nella forte ostilità della madre verso il padre. La Corte europea ha affermato l'insufficienza di tale circostanza a giustificare la discriminazione e che il diritto di visita del genitore non può essere disciplinato diversamente a seconda del fatto che i figli siano nati in costanza di matrimonio o al di fuori di esso.
- Caso *Bove contro Italia* (ricorso n. 30595/02), sentenza 30/06/2005 (III Sezione).

Il ricorrente aveva lamentato la violazione dell'articolo 8 della CEDU, in relazione alla decisione del Tribunale per i Minorenni di rifiutare la richiesta di lui ricorrente di affidamento della figlia ed alle difficoltà incontrate da lui ricorrente nell'esercizio del diritto di visita della minore. Il ricorrente, in particolare, aveva dedotto che le limitazioni decise dal Tribunale per i Minorenni al diritto di visita avevano costituito un'ingerenza nella vita privata e familiare e che il Tribunale per i Minorenni non aveva tutelato il diritto di visita di lui ricorrente, causando una perdita di confidenza con la figlia con grave alterazione della figura paterna presso la stessa. Il governo italiano aveva replicato: che le determinazioni assunte dal Tribunale per i Minorenni non avevano privato il padre del diritto di visita; che le limitazioni intervenute si erano presentate come conseguenza della situazione relazionale tra i genitori e tra il padre la figlia; che il Tribunale per i Minorenni non aveva negato il diritto del padre di vegliare sull'istruzione, sull'educazione sulle condizioni di vita della minore; che le limitazioni significative delle visite erano state adottate per un periodo limitato. Tutto ciò premesso in fatto, la Corte di Strasburgo ha osservato: che nella specie andava ricercato il giusto equilibrio tra gli interessi in concorso; che sussistevano il diritto di un genitore di ottenere determinazioni idonee a consentire l'incontro con i figli ed il dovere dello Stato di adottare tali determinazioni; che il dovere dello Stato non è assoluto, poiché gli incontri con i figli conviventi con altro genitore non possono aver luogo immediatamente e richiedono preparativi, da valutare secondo le circostanze, sicché occorre verificare se le autorità nazionali avessero adottato tutte le misure ragionevolmente possibili al fine di far rispettare le decisioni prese dal Tribunale per i Minorenni; che, pure a fronte di oggettive difficoltà, gli incontri del ricorrente con la figlia, per i periodi contestati, non si erano potuti svolgere; che il ricorrente non aveva più potuto vedere la figlia dal settembre 2002; che le autorità competenti avevano interrotto la fissazione del calendario degli incontri; che le difficoltà di organizzazione delle visite erano derivate dall'animosità tra i genitori ed in parte dalle reticenze della minore ad incontrare il padre; che il Governo italiano non si era pronunciato sulla questione inerente

l'assistenza offerta dalle autorità nazionali per assicurare la regolarità degli incontri; che i rapporti tra padre e figlia erano cessati; che dunque le autorità nazionali non avevano adottato un ragionevole impegno a sostegno degli incontri tra padre e figlia; che l'interruzione delle visite dal settembre 2002 aveva costituito una lesione del diritto al rispetto della vita familiare, rimettendosi all'apprezzamento del Giudice nazionale in ordine all'affidamento del minore; che pertanto sussisteva la violazione dell'articolo 8 della CEDU.

- Caso *P.P. contro Polonia* (ricorso 8677/03), sentenza 08/01/2008 (IV Sezione).

Il ricorrente, cittadino italiano, aveva proposto ricorso contro la Polonia, lamentando in particolare la violazione degli articoli 6 § 1 e 8 CEDU, in ragione della mancata esecuzione dei provvedimenti di rimpatrio delle sue figlie sottratte e condotte dalla madre in Polonia. La Corte, dopo avere ribadito la differenza della natura degli interessi tutelati dagli articoli 6 e 8 della Convenzione (l'articolo 6 concede una tutela procedurale, cioè il "diritto ad un tribunale" che decide in ordine "ai diritti civili e alle obbligazioni" di una persona; l'articolo 8 serve il fine più ampio di garanzia del giusto rispetto, *inter alia*, per la vita familiare), ha osservato: che il nocciolo della doglianza del ricorrente era costituito dalla mancanza di rispetto per la propria vita familiare risultante dalla mancata esecuzione del provvedimento irrevocabile di rimpatrio; che le Autorità polacche avevano omesso di prendere, senza indugio, tutte le misure che era ragionevolmente possibile pretendere per l'esecuzione del provvedimento di rimpatrio delle figlie e conseguentemente per garantire i suoi diritti di visita e avevano in tal modo violato il diritto del ricorrente al rispetto per la vita familiare, come garantito dall'articolo 8.

- Caso *Koons contro Italia* (ricorso n. 68183/01), sentenza 30/09/2008 (II Sezione).

Jeffrey Koons aveva avuto un figlio dal matrimonio con Ilona Staller, la quale aveva acquistato la cittadinanza italiana per naturalizzazione. Il matrimonio era stato segnato da gravi tensioni ed incomprensioni, tali che nel 1993 il Koons aveva portato con sé negli Stati Uniti (suo paese d'origine) il figlio ed aveva avviato davanti alla Corte Suprema dello

Stato di New York la procedura per il divorzio, chiedendo l'affidamento del figlio. L'autorità giudiziaria statunitense aveva dapprima affidato il minore a entrambi i genitori e fissato la sua residenza in New York e successivamente, nel pronunciare la sentenza di divorzio, aveva affidato il minore al solo padre. Nel frattempo la Staller, rientrata in via di fatto con il figlio in Italia, aveva avviato la procedura per la separazione giudiziale davanti al Tribunale di Roma, chiedendo – ella – l'affidamento esclusivo del figlio. Il Tribunale di Roma, respinte le eccezioni sollevate dal Koons relative al difetto della giurisdizione italiana ed all'applicabilità nel caso di specie della Convenzione dell'Aja del 25/10/1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, aveva affidato il minore alla madre e stabilito che il diritto di visita del ricorrente si sarebbe dovuto esercitare esclusivamente in Italia. La Corte di cassazione, adita dal ricorrente in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, aveva dichiarato l'autorità giudiziaria italiana competente a conoscere della questione. Anche la domanda di delibazione della pronuncia della Corte Suprema dello Stato di New York era stata rigettata perché incompatibile con l'ordine pubblico italiano. Avviata poi la procedura per il divorzio, il Tribunale di Roma, nel pronunciare la relativa sentenza, aveva tuttavia concesso al Koons l'affidamento del minore, sulla base del presupposto che il padre fosse il genitore più adatto ad educarlo. Avverso tale decisione aveva proposto appello la Staller, all'esito del quale la Corte d'appello, nel constatare che nessuno dei due genitori poteva vantare una personalità ed un carattere irreprensibili, aveva ritenuto che sarebbe stato meno traumatico per il minore concederne l'affidamento alla madre, con la quale aveva vissuto per molti anni ed instaurato un rapporto molto forte, sicché, in accoglimento del ricorso della Staller, aveva disposto l'affidamento esclusivo del figlio alla madre, il divieto per il minore di far visita al padre negli Stati Uniti senza l'autorizzazione di lei ed il diritto di visita al padre per sette giorni consecutivi al mese e per un mese e mezzo durante le vacanze estive. Tale decisione era stata confermata in Cassazione. Jeffrey Koons aveva pertanto proposto ricorso alla Corte EDU per violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), in riferimento alla decisione di affidare il minore alla madre ed

alla statuizione che le visite al padre potessero svolgersi negli Stati Uniti solo previa autorizzazione della madre. Tutto ciò premesso in fatto, la Corte di Strasburgo ha osservato in diritto: preliminarmente, che l'art. 8 invocato dal ricorrente non solo tutela la persona dalle ingerenze dei pubblici poteri, ma crea anche obblighi positivi aventi ad oggetto il rispetto effettivo della vita familiare, sicché tale articolo tutela il diritto del genitore ad ottenere misure idonee affinché possa riunirsi con il proprio figlio, nonché l'obbligo per le autorità nazionali di adottare tali misure (in tal senso, Eriksson c. Svezia, 22/06/1989, § 71 ; Margareta e Roger Andersson c. Svezia, 25/02/1992, § 91 ; Olsson c. Svezia (n. 2), 27/11/1992, § 90 ; Ignacolo-Zenide c. Romania, n. 31679/96, § 94; Gnahoré c. Francia, n. 40031/98, § 51); che quest'obbligo, tuttavia, non è assoluto perché deve essere posto in relazione al caso specifico; che, d'altro canto, la comprensione e la collaborazione delle persone coinvolte costituiscono sempre un importante fattore che le autorità nazionali hanno una limitata possibilità di ottenere con la coercizione, poiché occorre tenere conto degli interessi, dei diritti e delle libertà delle stesse persone, con particolare riferimento ai minori; che, nel caso in cui i contatti con i genitori possano compromettere i suddetti diritti, spetta alle autorità nazionali assicurare un giusto equilibrio tra le posizioni soggettive (Hokkanen c. Finlandia 23/09/1990 p. 22, § 58 e Ignacolo-Zenide c. Roumanie, n. 31679/96, § 94); che il confine tra obblighi positivi e negativi dello Stato non si presta ad una precisa definizione, ma sia per gli uni che per gli altri lo Stato stesso gode di un certo margine di discrezionalità e, comunque, occorre perseguire un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco; che, nel caso di specie, le autorità italiane avevano condotto un esame approfondito della situazione familiare e valutato tutti gli interessi in gioco, primo su tutti quello del minore, al fine di giungere alla soluzione più adatta a garantire al minore stesso quella stabilità familiare che costituiva la condizione necessaria per il suo sviluppo sano ed equilibrato; che le autorità italiane avevano compiuto ogni sforzo possibile per proteggere il primario interesse del minore, permettendo al ricorrente di mantenere i rapporti con il figlio, anche in una situazione particolarmente difficile e tesa a causa dei continui dissidi tra le parti ed

alla loro incapacità di pensare in primo luogo al bene del minore. Pertanto la Corte di Strasburgo, a maggioranza, ha dichiarato non sussistente la lamentata violazione dell'art. 8 CEDU⁵⁶.

- Caso *R.R. contro Romania* (ricorso n. 1188/05), sentenza 10/11/2009 (III Sezione).

A favore di un padre non affidatario era stato stabilito il diritto di visita del figlio. La madre affidataria portava con sé il figlio all'estero (negli Stati Uniti d'America), per lunghi periodi di soggiorno. La Corte di Strasburgo ha osservato che l'articolo 8 CEDU, interpretato alla luce della Convenzione dell'Aia sugli aspetti civili della sottrazione (prelevamento) internazionale di minori, non pone a carico degli Stati un'obbligazione positiva tendente al ritorno in patria del minore, ma solo l'obbligo di adottare misure per il rientro del minore ai fini dell'esercizio del diritto di visita del padre. Pertanto ha escluso la violazione dell'articolo 8 CEDU.

- Caso *Zaunegger contro Germania* (ricorso n. 22028/04), sentenza del 03/12/2009 (V Sezione).

Il ricorrente era padre naturale di una figlia che, dopo la separazione della coppia genitoriale, aveva vissuto dapprima con lui e quindi con la madre. La madre non prestava il proprio consenso alla richiesta di affidamento congiunto, necessario per la legislazione interna tedesca (il codice civile tedesco non prevedeva la possibilità di disporre l'affidamento congiunto di un figlio naturale senza il consenso di entrambi i genitori; la relativa norma era stata giudicata non illegittima dalla Corte costituzionale, secondo cui il legislatore aveva potuto legittimamente supporre che l'affidamento congiunto contro la volontà di uno dei genitori presentasse più inconvenienti che vantaggi per i figli). La Corte europea ha osservato:

⁵⁶ è interessante notare che la decisione è stata adottata a maggioranza (cinque voti contro due). E due giudici dissenzienti, oltre a non condividere la valutazione dei fatti operata dalla maggioranza, hanno contestato anche l'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha offerto dell'art. 8 CEDU: essi, infatti, hanno ritenuto che l'art. 8 tuteli anche il diritto d'affidamento del minore, affermando che la custodia del minore «englobe les liens avec la famille, et le droit de visite et le droit d'exercer l'autorité parentale sont des instruments de ces liens avec la famille, lesquels constituent un droit réciproque» (la custodia del minore «comprende i legami con la famiglia, e il diritto di visita ed il diritto di esercitare la potestà genitoriale sono degli strumenti di tali legami con la famiglia, i quali costituiscono un diritto reciproco»).

che il ricorrente era stato trattato in modo diverso rispetto ai genitori sposati o divorziati, per i quali non è necessario il consenso di entrambi per l'affidamento congiunto, differenza di trattamento che poteva giustificarsi solo con motivi particolarmente imperiosi; che le decisioni dei giudici nazionali perseguivano il fine legittimo di proteggere l'interesse superiore del minore; che tuttavia non poteva presumersi che l'affidamento congiunto senza il consenso della madre fosse contrario all'interesse del minore; che sul punto, benché non vi fosse consenso comune fra gli Stati membri, l'elemento fondamentale comune alla maggioranza degli Stati era che le decisioni in materia dovessero fondarsi sull'interesse superiore del minore ed essere sottoposte al controllo del giudice anche in caso di conflitto fra i genitori; che non appariva dimostrata la ragione per cui i tribunali avrebbero dovuto avere meno poteri rispetto a quelli esercitati nei riguardi dei padri sposati; che quindi non vi era un rapporto di proporzionalità fra il divieto per il giudice di modificare l'originario affidamento alla madre, previsto dalla legge, e lo scopo perseguito di proteggere l'interesse superiore del minore. Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte di Strasburgo ha concluso affermando che vi era stata violazione dell'articolo 8 CEDU.

- Caso *Macready contro Repubblica Ceca* (ricorsi n. 4824/06 e n. 15512/08), sentenza 22/04/2010 (V Sezione).

Il ricorrente, cittadino americano, era padre di un bambino nato negli Stati Uniti e affidato congiuntamente ai genitori dopo il loro divorzio. Tuttavia il bambino era stato portato dalla madre, senza il consenso del padre, nella Repubblica ceca. Il padre non era riuscito a ottenerne dai tribunali della repubblica ceca il ritorno negli USA, ma aveva potuto solo fruire di visite al figlio in forza di misure provvisorie. La Corte ha evidenziato che il legame fra il ricorrente e il figlio riguardava la vita familiare nel senso dell'articolo 8 CEDU e, pur condividendo la *ratio* ispiratrice della Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili del prelevamento (sottrazione) internazionale di bambini, ha affermato che il tempo trascorso rendeva praticamente non realizzabile il ritorno negli USA del bambino, affetto da disturbi di tipo autistico, che si sarebbero potuti aggravare, subendone così un pregiudizio. La Corte ha affermato

che il ricorrente non aveva potuto ottenere adeguate possibilità di avere relazioni con il figlio, in quanto i tribunali della Repubblica ceca non avevano preso alcuna misura atta a creare *pro futuro* le condizioni necessarie alla realizzazione del diritto di visita del padre, e pertanto ha concluso che il diritto del ricorrente al rispetto della vita familiare non era stato protetto in modo effettivo, con violazione dell'articolo 8 CEDU.

- Caso *Neulinger et Shuruk contro Svizzera* (ricorso n. 41615/07), sentenza 06/07/2010 (Grande Camera).

La prima ricorrente, cittadina svizzera, si era stabilita in Israele dove aveva sposato il futuro padre di suo figlio. Di fronte ai suoi timori che il bambino (il secondo ricorrente) potesse essere rapito da suo padre ed essere da costui condotto in una comunità ultraortodossa all'estero e praticante un proselitismo intenso, il tribunale per gli affari di famiglia aveva pronunciato il divieto di uscita dal territorio israeliano per il figlio fino alla sua maggiore età. La custodia provvisoria del figlio era stata assegnata alla ricorrente e la potestà genitoriale affidata congiuntamente ai due genitori. Il diritto di visita del padre era stato ulteriormente limitato in ragione del suo comportamento minaccioso. I coniugi avevano divorziato e la ricorrente aveva lasciato clandestinamente Israele e si era recata in Svizzera con suo figlio. Il Tribunale federale svizzero, in ultima istanza, aveva ordinato alla ricorrente di assicurare il ritorno del bambino in Israele. Con sentenza camerale in data 08/01/2009, la Corte europea aveva concluso, con quattro voti contro tre, per la non violazione dell'articolo 8 della Convenzione. Tutto ciò premesso in fatto, la Corte di Strasburgo ha osservato in diritto: che, secondo le autorità giudiziarie e gli esperti nazionali, era possibile solo un ritorno del bambino con sua madre in Israele; che la misura in questione rientrava nel margine di valutazione delle autorità nazionali in materia; che, per giudicare se fosse stato rispettato l'articolo 8, conveniva anche tener conto degli sviluppi che si erano prodotti dopo la sentenza del Tribunale federale che aveva disposto il ritorno del bambino; che su tale punto ci si poteva ispirare, *mutatis mutandis*, alla giurisprudenza CEDU in materia di espulsione degli stranieri ed ai criteri per valutare la proporzionalità di una misura di espulsione riguardante un minore integrato nel paese di accoglienza; che,

nel caso di specie, il bambino aveva la cittadinanza svizzera ed era perfettamente integrato del paese nel quale viveva senza interruzioni da circa quattro anni; che, anche se la facilità di adattamento del bambino era ancora grande alla sua età (sette anni), un nuovo sradicamento avrebbe senza dubbio avuto conseguenze gravi per lui e doveva essere valutato in relazione al beneficio che avrebbe potuto trarne; che, a tale proposito, occorreva rilevare che il diritto di visita del padre era limitato prima del rapimento del bambino; che, peraltro, il padre si era poi risposato altre due volte ed era diventato nuovamente padre, ma non pagava l'assegno alimentare per sua figlia; che poteva dubitarsi che tali circostanze fossero favorevoli per il benessere e lo sviluppo del bambino; che inoltre il ritorno in Israele della madre avrebbe potuto esporla al rischio di sanzioni penali, quali una pena detentiva; che era evidente che un tale scenario non sarebbe stato nell'interesse superiore del bambino, per il quale la ricorrente rappresentava senza dubbio l'unica persona di riferimento; che anche il rifiuto della madre di tornare in Israele non appariva completamente ingiustificato e, qualora essa avesse acconsentito a ritornarvi, era concesso dubitare della capacità del padre di prendersi cura del figlio nell'ipotesi in cui la ricorrente fosse stata perseguita e poi rinchiusa in carcere, tenuto conto del passato di costui e delle sue limitate risorse economiche; che il padre, inoltre, non aveva mai abitato da solo con il figlio e non lo aveva visto da quando era partito all'età di due anni; che quindi poteva dubitarsi che il ritorno in Israele fosse nell'interesse superiore del bambino; che la madre avrebbe potuto subire una ingerenza sproporzionata nel suo diritto al rispetto della sua vita familiare; che di conseguenza, se la decisione che disponeva il ritorno in Israele del secondo ricorrente fosse stata eseguita, vi sarebbe stata violazione dell'art. 8 CEDU in capo ai due ricorrenti.

- *Caso Piazzzi contro Italia* (ricorso n. 36168/09), sentenza 02/11/2010 (II Sezione).

Da una coppia, sposata nel 1989, era nato un figlio nel 1991. Nel 1993 i coniugi si erano separati consensualmente e il figlio era stato affidato alla madre, con riconoscimento al padre del diritto di visita. Successivamente al divorzio, la madre si era rivolta ad un legale al fine di ingiungere

all'ex-coniuge di non incontrare più suo figlio, alla luce di alcune rivelazioni del minore che aveva riferito di aver subito delle molestie sessuali da parte del padre. In ragione delle difficoltà incontrate nell'esercizio del suo diritto di visita, il ricorrente, a sua volta, aveva adito il Tribunale per i Minorenni di Venezia, lamentando che la sua ex-moglie aveva influenzato negativamente suo figlio. Con decreto del 19/06/2002 il Tribunale per i Minorenni di Venezia aveva affidato la custodia del bambino ai servizi sociali, con mantenimento del collocamento del minore presso il domicilio della madre, ed ordinato una perizia tesa a verificare se da parte dei genitori fossero stati tenuti dei comportamenti pregiudizievoli per il bambino. La perizia dello psicologo, premessa l'incapacità di entrambi i genitori di esercitare le funzioni genitoriali, aveva dato conto dei tentativi della madre di mettere il bambino contro il padre e che le molestie riferite erano probabilmente frutto dell'immaginazione del minore. Con decreto del 01/12/2003 il Tribunale per i Minorenni di Venezia aveva autorizzato il ricorrente ad incontrare il figlio in presenza degli assistenti sociali ogni quindici giorni, secondo le modalità stabilite dagli stessi servizi sociali. Nel corpo del provvedimento, il Tribunale per i Minorenni aveva rilevato che la madre aveva tenuto consapevolmente un comportamento destinato ad escludere tanto il padre che le autorità competenti, interrompendo di fatto ogni rapporto del bambino col padre; che rispondeva all'interesse del minore recuperare il rapporto con suo padre, con il sostegno psicologico di uno psicoterapeuta scelto dai genitori. Tuttavia, per tutto il 2004, il 2005 e fino al settembre 2006, in via di fatto, i servizi sociali non avevano consentito incontri del Piazza con il minore. Viceversa, nell'autunno del 2006, il ricorrente si era rifiutato a più riprese di incontrare gli esponenti dei servizi sociali. Con un nuovo provvedimento del 2008, il Tribunale per i Minorenni aveva preso atto che dal 2001 il Piazza non aveva più visto suo figlio e che al precedente provvedimento del 2003 non era stata data esecuzione; tuttavia, tenuto conto del rifiuto del minore di rivedere il padre, aveva ordinato ai servizi sociali di vigilare sul comportamento della madre (ritenuta dal padre responsabile di aver stimolato nel minore un sentimento di ostilità nei suoi confronti) e di

farsi carico della situazione psicologica del minore. Il Piazzai successivamente e fino al giugno 2009 – per verificare se la seconda pronunzia del Tribunale per i Minorenni avesse trovato attuazione – aveva domandato ai servizi sociali se avessero visto il figlio ma ne aveva ottenuto risposta negativa. Egli aveva quindi proposto appello avverso il decreto del Tribunale per i Minorenni del 2008. La Corte d'appello aveva respinto l'impugnazione sia perché dagli atti risultava la volontà del figlio di non rivedere il padre sia perché ormai il ragazzo era prossimo alla maggiore età.

Ciò premesso in fatto, la Corte di Strasburgo ha osservato in diritto: che la portata dell'art. 8 CEDU, sebbene abbia sostanzialmente lo scopo di tutelare l'individuo da ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, non si limita ad imporre allo Stato di astenersi da simili ingerenze; che infatti a tale obbligo negativo possono accompagnarsi degli obblighi positivi inerenti al rispetto effettivo della vita privata o familiare; che questi ultimi obblighi possono implicare l'adozione di misure tese al rispetto della vita familiare anche nei rapporti interpersonali, tra cui la predisposizione di strumenti giuridici adeguati e sufficienti a garantire i diritti legittimi degli interessati così come il rispetto delle decisioni giudiziali, o delle misure specifiche adeguate; che, nel caso di specie, dalla constatazione del fallimento di tutti gli sforzi profusi dalle autorità nazionali per garantire il diritto di visita del ricorrente non poteva farsi discendere automaticamente l'inadempimento dello Stato agli obblighi positivi derivanti dall'articolo 8 della Convenzione; che l'obbligo per le autorità nazionali di adottare provvedimenti specifici per consentire il ricongiungimento di un genitore con il figlio non è assoluto e la comprensione e la cooperazione di tutti gli interessati costituisce sempre un fattore importante; che, sebbene le autorità nazionali debbano adoperarsi per stimolare siffatta collaborazione, un obbligo di ricorrere in questi casi alla coercizione non può che essere limitato, dovendosi tenere in considerazione gli interessi, i diritti e le libertà delle persone coinvolte e, *in primis*, l'interesse preminente del minore e dei diritti che l'art. 8 gli riconosce; che quindi, ai fini della valutazione dell'assolvimento degli obblighi positivi che incombono sullo Stato ai sensi dell'art. 8 CEDU,

occorre verificare se le autorità abbiano preso tutte le misure necessarie che si possono ragionevolmente esigere da esse per facilitare il ricongiungimento tra il ricorrente e il figlio; che il comportamento tenuto dall'autorità giudiziaria, che aveva delegato ai servizi sociali la concreta gestione della questione senza svolgere verifiche efficaci e tempestive sull'esecuzione dei propri provvedimenti – con particolare riferimento al diritto di visita del padre – era ridonato in danno del ricorrente, il quale – trascorsi gli anni – era stato messo innanzi al fatto compiuto; che pertanto sussisteva la violazione dell'art. 8 CEDU in ragione della lunghezza delle procedure e dell'inefficacia delle misure adottate per far rispettare il diritto di visita del ricorrente o, almeno, per permettergli di ristabilire i rapporti con il figlio minore. In conclusione, la Corte di Strasburgo ha affermato che vi era stata violazione dell'art. 8 della CEDU (per avere le autorità nazionali ommesso di approfondire un impegno adeguato e sufficiente a far rispettare il diritto di visita del ricorrente ovvero a permettergli almeno di ristabilire il contatto con il figlio, sicché dette autorità avevano ignorato il diritto del ricorrente al rispetto della vita familiare garantito dall'art. 8 della Convenzione) ed ha condannato l'Italia al pagamento della somma di € 15.000,00 per il danno morale e della somma di € 5.000,00 per il rimborso spese.

➤ *Caso P.V. contro Spagna*, sentenza 30/11/2010 (III sezione).

La ricorrente era una transessuale passata dal sesso maschile al sesso femminile. Prima del suo cambiamento di sesso era stata sposata e aveva avuto un figlio. Nel 2002, il giudice aveva omologato l'accordo intervenuto tra i coniugi in sede di separazione consensuale, il quale prevedeva l'attribuzione della custodia del figlio alla madre, la potestà parentale congiunta e un regime di visite a favore del padre. Nel 2004, l'ex coniuge aveva chiesto la revoca della potestà parentale al padre e la sospensione del regime di visite, allegando in particolare che egli si stava sottoponendo ad un trattamento per il cambiamento di sesso. Il giudice di prima istanza aveva deciso unicamente di ridurre il regime delle visite, decisione che era stata confermata in appello. Nel 2008, la ricorrente aveva visto rigettato anche il suo ricorso diretto al Tribunale costituzionale. La Corte di Strasburgo ha osservato: che la transessualità

della ricorrente, all'origine della procedura avviata dall'ex coniuge per far modificare le misure adottate al momento della separazione, era senza dubbio coperta dall'art. 14 CEDU; che le giurisdizioni nazionali avevano insistito sul fatto che la transessualità della ricorrente non era stata il motivo della restrizione del regime di visita inizialmente concordato; che le giurisdizioni interne avevano preso in considerazione l'instabilità emotiva della ricorrente e il rischio che potesse trasmetterla al minore – di sei anni di età all'inizio della procedura interna – perturbando il suo equilibrio psicologico; che il Tribunale costituzionale aveva evocato l'esistenza del rischio di pregiudicare l'integrità psichica e lo sviluppo della personalità del minore, tenuto conto della sua età; che l'instabilità della ricorrente era stata accertata da una perizia psicologica resa su richiesta del giudice di prima istanza cui l'interessata si era sottoposta volontariamente e che non aveva tempestivamente contestato; che inoltre il giudice di primo grado non aveva privato la ricorrente né della potestà parentale né del suo diritto di visita, come aveva richiesto la madre, ma aveva adottato un regime di visite controllato in conformità alle raccomandazioni contenute nella perizia; che il ragionamento delle giurisdizioni interne induceva a ritenere che la transessualità della ricorrente non fosse stata determinante nella decisione di modificare il regime di visite concordato inizialmente; che era l'interesse superiore di tutela del minore che aveva indotto i tribunali nazionali ad optare per un regime più restrittivo che permettesse al minore di abituarsi progressivamente al cambiamento di sesso del genitore; che tale conclusione era rinforzata dal fatto che il regime di visite era stato ampliato in due tempi nel 2006, allorché la condizione sessuale della ricorrente era divenuta stabile; che dunque non sussisteva alcuna violazione dell'art. 8 CEDU in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

In altre pronunce la Corte di Strasburgo ha affermato alcuni principi interessanti.

7 Nella sentenza 21/11/2006 (ricorso 10427/02, caso *Roda e Bonfatti contro Italia*) la Corte (II Sezione) ha affermato (tra l'altro):

- che *“la nozione di vita familiare «comprende per lo meno i rapporti tra parenti, che possono svolgere un ruolo importante nell'ambito*

della stessa», ad esempio tra nonni e nipoti (Marckx c. Belgio, sentenza del 13 giugno 1974, serie A n. 31, § 45, e Bronda c. Italia, n. 22430/93, sentenza del 9 giugno 1998, Raccolta 1998-IV, § 51)” (paragrafo 98);

- che l'articolo 8 della Convenzione, se mira essenzialmente a proteggere l'individuo da ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, genera nondimeno degli obblighi positivi inerenti un «rispetto» effettivo della vita familiare ed implica il diritto di un genitore a misure idonee a riunirlo al figlio e l'obbligo per le autorità nazionali di adottare tali misure (v., ad esempio, Ignaccolo-Zenide c. Romania, n.31679/96, § 94, CEDU 2000-I, e Nuutinen c. Finlandia, n. 32842/96, § 127, CEDU 2000-VIII); obbligo che, tuttavia, non è assoluto, poiché *“La natura e la portata dello stesso dipendono dalle circostanze di ogni singolo caso, ma la comprensione e la cooperazione di tutte le persone interessate ne costituiscono sempre un fattore importante. Se le autorità nazionali devono adoperarsi al fine di agevolare una simile collaborazione, un obbligo per le stesse di ricorrere alla coercizione in materia non può che essere limitato: esse devono tenere conto degli interessi e dei diritti e libertà di tali persone, e in particolare degli interessi superiori del minore e dei diritti riconosciuti a quest'ultimo dall'articolo 8 della Convenzione. Nel caso in cui dei contatti con i genitori rischiano di minacciare tali interessi o di pregiudicare tali diritti, le autorità nazionali hanno il compito di garantire un giusto equilibrio tra essi (Ignaccolo-Zenide, già cit., § 94). La linea di demarcazione tra gli obblighi positivi e negativi dello Stato a titolo dell'articolo 8 non si presta ad una definizione precisa; i principi applicabili sono tuttavia equiparabili. In particolare, in entrambi i casi, bisogna avere riguardo al giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti; allo stesso modo, in entrambe le ipotesi, lo Stato gode di un certo margine di valutazione (v., ad esempio, le sentenze W. c. Regno Unito dell'8 luglio 1987, serie A n. 121, p. 27, § 60, B. c. Regno Unito dell'8 luglio 1987, serie A n. 121, p. 72, § 61, R. c. Regno Unito dell'8 luglio 1987, serie A n. 121, p. 117, § 65, Gnahoré c. Francia, n.*

40031/98, § 52, CEDU 2000-IX, e *Couillard Maugery c. Francia*, n. 64796/01, § 239, 1° luglio 2004)”. (paragrafo 110);

7 Nella sentenza 27/04/2010 (ricorso n. 16318/07, caso *Moretti e Benedetti contro Italia*), la Corte (II Sezione) ha affermato (tra l'altro):

- che “l'art. 8 della Convenzione EDU non assegna un diritto a creare una famiglia né riconosce un diritto all'adozione dei minori abbandonati. Esso tutela una vita familiare esistente”;
- che “L'esistenza di una ‘vita familiare’ ai sensi dell'articolo 8 CEDU non si limita però ai rapporti fondati sul matrimonio e sulla filiazione legittima ma può comprendere altre relazioni familiari de facto, purché – oltre all'affetto generico – sussistano altri indici di stabilità, attuale o potenziale, quale potrebbe essere quello di filiazione naturale o di un affidamento pre-adottivo. Da questo punto di vista, la determinazione del carattere familiare delle relazioni di fatto deve tener conto di un certo numero di elementi, quali il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, così come il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino”.

I.C.5. La L. n. 54/2006.

Se la L. n. 151/1975, nel riformare il diritto di famiglia, aveva sancito il principio della piena eguaglianza dei coniugi e la L. n. 74/1987, nel modificare la disciplina normativa dei casi di scioglimento del matrimonio, aveva introdotto il concetto della bigenitorialità (in particolare riconoscendo il diritto della prole minorenni di conservare, anche dopo – e nonostante – la disgregazione del nucleo familiare, costanti contatti e rapporti con ambedue i genitori, al fine di salvaguardare l'interesse dei figli di – continuare a – crescere in maniera corretta e serena⁵⁷), la L. n. 54/2006 ha ribadito e rafforzato il principio della bigenitorialità, sia prevedendo l'affidamento ad entrambi i genitori (c.d. affidamento “condiviso”) come regola e l'affidamento monogenitoriale come eccezione sia affermando il principio della parità dei ruoli genitoriali nelle situazioni di crisi della famiglia, tanto legittima (separazione e divorzio) quanto naturale (divisione della coppia di fatto).

⁵⁷ v. sopra, sub I.B.3. e I.C.

Il principio della bigenitorialità è sancito in modo cristallino nel primo comma del novellato art. 155 c.c., a mente del quale *“Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”*.

Un’attenta lettura della disposizione consente di cogliere immediatamente il pregnante valore che il legislatore, nella formulazione del testo, ha inteso attribuire alla parola “anche”: essa, infatti, sta chiaramente a significare che il diritto della prole minorenni di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale (in sintesi: il diritto dei figli alla salvaguardia della relazione genitoriale, estesa anche agli ascendenti dai parenti di ciascun ramo genitoriale⁵⁸) deve sussistere non solo durante il ‘normale’ svolgimento della vita familiare (artt. 143 e ss., 147, 316 c.c.), ma anche nell’ipotesi di crisi dell’unione matrimoniale o della coppia di fatto.

In altri termini il legislatore, collocando la parola “anche” in apertura del novellato art. 155 comma 1° c.c., ha voluto richiamare l’attenzione sul fatto, apparentemente ovvio, che la concentrazione di ruoli diversi in capo alle medesime persone (il marito – o compagno – che sia anche padre; la moglie – o compagna – che sia anche madre) non significa affatto che, alla cessazione del primo ruolo (con la separazione ed il divorzio viene meno, nel caso di coppia coniugata, l’unione matrimoniale; con la divisione viene meno, nel caso di coppia non coniugata, l’unione di fatto), debba automaticamente conseguire la cessazione del secondo ruolo (genitoriale).

Anzi, in sede di riforma, si è voluto affermare con forza il concetto che alla (possibile) temporaneità dell’essere coniugi (o conviventi di fatto) si contrappone l’immutabilità (esclusi gli eventi naturali o situazioni particolari, ovviamente) dell’essere genitori: non a caso, l’art. 155 c.c. ante-riforma menzionava i “coniugi” in tutte le sue disposizioni, incluse quelle che riguardavano esclusivamente i figli (quasi che la regolamentazione delle

⁵⁸ diritto della prole, si noti bene, non degli ascendenti o dei parenti.

questioni riguardanti i figli non fosse niente altro che un aspetto, quantunque rilevante, della più ampia regolamentazione delle questioni riguardanti marito e moglie), mentre l'art. 155 c.c. novellato menziona i "genitori" (al pari di diverse altre disposizioni introdotte dalla L. n. 54/2006 nel codice civile⁵⁹ e nel codice di procedura civile⁶⁰).

Il radicale cambio di prospettiva legislativa emerge in modo evidente: la disciplina previgente si preoccupava di assicurare che, nella situazione di crisi della coppia (sposata), uno dei due coniugi (l'"affidatario") continuasse ad esercitare pienamente il ruolo genitoriale, lasciando all'altro, titolare del c.d. "diritto di visita" (quasi che il coniuge non affidatario fosse divenuto persona ormai estranea al nucleo familiare), un compito di vigilanza 'esterna' (con la facoltà di ricorrere, se del caso, al giudice) e di partecipazione all'adozione delle decisioni di maggiore interesse per i figli (almeno dal punto di vista teorico, avendo la prassi dimostrato che il coniuge affidatario, frequentemente, non coinvolgeva affatto l'altro coniuge nell'adozione di tali decisioni); la disciplina attuale, viceversa, punta a salvaguardare il diritto della prole di conservare, pur nella situazione di crisi della coppia, il rapporto con entrambi i genitori, i cui interessi sono posposti a quello, preminente, dei figli (l'audizione dei quali, proprio in ragione del rilevante mutamento di prospettiva determinato dalla legge di riforma del 2006, è stata prevista come necessaria⁶¹).

La riprova di ciò è data dalle disposizioni di cui al comma 2° dell'art. 155 c.c. Se il comma 1°, infatti, pone il principio della bigenitorialità (espressione di un vero e proprio diritto naturale della prole, per il semplice fatto di essere stata generata, nei confronti dei procreatori) quale obiettivo primario da perseguire, il comma 2° dell'art. 155 c.c. indica le modalità "per

⁵⁹ artt. 155 *bis*, 155 *ter*, 155 *quater* c.c.

⁶⁰ art. 709 *ter* c.p.c.

⁶¹ il riferimento è, chiaramente, all'art. 155 *sexies* comma 1° c.c., inserito dall'art. 1 comma 2° della L. n. 54/2006, a mente del quale "Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento". Come evidenziato in precedenza (v. sopra, nota n. 33), l'audizione dei minori era già prevista dall'art. 12 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo siglata a New York il 20/11/1989, ratificata e resa esecutiva con legge n. 176/1991, e dall'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25/01/1996, ratificata e resa esecutiva con legge n. 77/2003, a meno che l'ascolto non fosse manifestamente in contrasto con gli interessi superiori degli stessi.

realizzare la finalità indicata dal primo comma". Il comma 2°, infatti, in primo luogo dispone che i provvedimenti relativi alla prole debbano essere adottati *"con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa"* (art. 155 comma 2° periodo primo c.c.); in secondo luogo stabilisce come regola l'affidamento della prole minorenni ad entrambi i genitori (l'avverbio *"prioritariamente"* è di significato perspicuo, tanto più se accostato alla parola *"possibilità"*, sicché risulta preclusa ogni diversa interpretazione), nel contempo attribuendo al giudice il compito di determinare tempi e modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore (scompare ogni riferimento, dunque, ai *"diritti"* del 'coniuge non affidatario' nei rapporti con la prole, all'interno dei quali si collocava il c.d. diritto di visita, ciò ponendosi in contrasto con l'esigenza di calibrare i provvedimenti con riferimento *"esclusivo"* – e dunque non semplicemente *"prevalente"* e tanto meno *"equivalente"* – all'interesse dei figli, i *"diritti"* dei quali, invece, sono espressamente riconosciuti⁶²) nonché di fissare misura e modalità della contribuzione di ciascun genitore al mantenimento, alla cura, all'istruzione ed all'educazione della prole (art. 155 comma 2° periodo secondo c.c.); in terzo luogo impone al giudice di *"prendere atto"* degli accordi intervenuti tra i genitori⁶³, con il solo limite della non contrarietà all'interesse dei figli (art. 155 comma 2° periodo terzo c.c.); in quarto luogo attribuisce al giudice il potere di adottare *"ogni altro provvedimento relativo alla prole"* (art. 155 comma 2° periodo quarto c.c.).

Ulteriore conferma è data dalle disposizioni di cui al comma 3° dell'art. 155 c.c., che prescrive che la potestà genitoriale sia *"esercitata da entrambi i genitori"*⁶⁴ (art. 155 comma 3° periodo primo c.c.); che le decisioni di

⁶² v. art. 155 *bis* comma 2° periodo secondo c.c., che impone di fare salvi per quanto possibile, anche nel caso di affidamento esclusivo, *"i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 155"*.

⁶³ il maggior 'peso' attribuito dal legislatore agli accordi dei coniugi – la norma previgente, infatti, si limitava ad imporre al giudice di *"tenere conto"* dell'eventuale accordo fra i coniugi – si sostanzia in un riconoscimento implicito della parità del ruolo genitoriale rivestito da entrambi.

⁶⁴ ciò differenzia nettamente la disciplina vigente da quella previgente: infatti la disciplina previgente prevedeva che il coniuge affidatario avesse *"l'esercizio esclusivo della potestà"* sui figli, salva diversa disposizione del giudice (dunque l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori, con l'affidamento monogenitoriale, era possibile ma raro, abbisognando di una specifica disposizione del giudice che 'ribaltasse', per così dire, l'ipotesi ordinaria); invece la disciplina vigente prevede, come detto, che *"La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori"*, il che sta a significare che ciò costituisce la regola anche nel caso di affidamento esclusivo, non ponendo l'art. 155 *bis* c.c. alcuna diversa disposizione sul punto (e fatta salva la possibilità che il giudice adotti specifici provvedimenti

maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute siano assunte dai genitori di comune accordo, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli (art. 155 comma 3° periodo secondo c.c.)⁶⁵; che ciascuno dei genitori (e dunque non più solo il genitore “*cui i figli non siano affidati*”, come recitava l'art. 155 comma 3° c.c. nel testo anteriore alla legge del 2006) possa, in caso di disaccordo⁶⁶, ricorrere al giudice⁶⁷ (art. 155 comma 3° periodo terzo c.c.); che il giudice, limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria

per regolamentare il caso concreto).

⁶⁵ apparentemente la disposizione vigente attualmente ricalca fedelmente quella previgente. Ciò è solo parzialmente vero, per almeno tre ordini di ragioni: in primo luogo, perché il legislatore del 2006 ha specificato che le decisioni *de quibus* sono quelle “*relative all'istruzione, all'educazione e alla salute*”, mentre tale specificazione prima non vi era; in secondo luogo, perché la disposizione attualmente vigente richiede che le decisioni siano “*assunte di comune accordo*”, mentre la disposizione previgente richiedeva semplicemente che le decisioni fossero “*adottate da entrambi i coniugi*”; in terzo luogo, perché la disposizione attualmente vigente impone ai genitori di “*tenere conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*”, ciò che prima non era previsto. Tuttavia è opportuno evidenziare che, con riferimento al primo ed al terzo punto, le differenze sono meno significative di quanto possa pensarsi. Infatti, anche sotto il vigore della precedente normativa, la giurisprudenza aveva affermato che le decisioni di maggior interesse per i figli erano quelle concernenti la scelta dell'indirizzo scolastico, l'educazione religiosa, la scelta di terapie mediche in casi particolari (patologie di natura incerta e/o cure di incerta efficacia), il trasferimento del minore all'estero; inoltre si ritiene che l'elencazione contenuta nella disposizione attualmente vigente non abbia carattere tassativo, di talché possono rientrarvi tutte le decisioni idonee ad imprimere una “svolta” nella vita del minore, in guisa da influenzare le decisioni successive in modo rilevante; infine, la necessità di tenere conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli già era contenuta (e lo è ancora) nell'art. 147 c.c. come novellato dalla legge n. 151/1975, sicché il legislatore del 2006, a ben vedere, non ha introdotto alcune novità, essendosi limitato a trasporre una parte del predetto articolo nell'ambito dell'art. 155 c.c.

⁶⁶ non è ben chiaro se il ricorso al giudice sia consentito solo in caso di disaccordo sulle decisioni di maggior interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute oppure in tutti i casi di disaccordo su questioni riguardanti i figli (le quali presentino, ovviamente, una qualche rilevanza oggettiva). Nel primo senso milita il fatto che la disposizione *de qua* segue immediatamente quella concernente le decisioni di maggiore interesse. Nel secondo senso (prevalentemente seguito dalla giurisprudenza e dalla dottrina) militano il fatto che l'ultimo periodo del comma 3° dell'art. 155 c.c. prevede l'intervento del giudice anche in ordine alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione anche ed il fatto che il comma 1° dell'art. 709 *ter* c.c. (pure introdotto dalla L. n. 54/2006) prevede l'intervento del giudice “*per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento*”. È poi evidente che il disaccordo che viene in rilievo nella disposizione in esame è solo quello che concerne i genitori coniugati separati o divorziati oppure i genitori naturali non conviventi (per i genitori divorziati e per i genitori naturali non conviventi in forza dell'estensione dell'applicazione delle disposizioni della L. n. 54/2006, comprese quelle di cui all'art. 155 c.c., prevista dall'art. 4 comma 2° della L. n. 54/2006), poiché il disaccordo tra genitori coniugati ma non separati oppure tra genitori naturali conviventi (art. 317 *bis* comma 2° periodo primo c.c.) è disciplinato dall'art. 316 c.c.

⁶⁷ la cui ‘stella polare’ è rappresentata non dagli interessi (o dalle aspettative) dei genitori, bensì – esclusivamente – dall'interesse morale e materiale dei figli, allo scopo di realizzare la finalità indicata dall'art. 155 comma 1° c.c. e tenendo conto di capacità, inclinazione naturale ed aspirazioni degli stessi ai sensi dell'art. 147 c.c.

amministrazione⁶⁸, possa stabilire il separato esercizio della potestà da parte dei genitori⁶⁹ (art. 155 comma 3° periodo quarto c.c.).

Va qui osservato che l'affidamento condiviso introdotto dalla L. n. 54/2006 non coincide con l'affidamento congiunto introdotto dalla L. n. 74/1987: infatti quest'ultimo si sostanziava, come evidenziato in precedenza, in un "*esercizio comune della potestà genitoriale*", mentre il primo si sostanzia in una "*condivisione di responsabilità*" (e dunque in una condivisione di doveri, più che di poteri), al fine di favorire una crescita adeguata ed armoniosa della prole minorenni e di tutelarne l'equilibrio psico-fisico.

Può senz'altro dirsi che la L. n. 54/2006, nel sostituire integralmente le disposizioni dell'art. 155 c.c., ha inteso dare attuazione al concetto di "*responsabilità genitoriale*" affermato meno di tre anni prima dalla normativa comunitaria (art. 2 del Regolamento n. 2201/2003 del Consiglio dell'Unione europea), la quale aveva precisato, significativamente, non solo che la "*responsabilità genitoriale*" si sostanzia in "*diritti e doveri*", ma anche che il diritto di affidamento (a sua volta da intendersi come insieme di "*diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza*") ed il diritto di visita sono compresi – e dunque costituiscono un aspetto – della responsabilità genitoriale.

La "*responsabilità genitoriale*", ancorché non citata espressamente, permea di sé tutte le disposizioni della L. n. 54/2006, essendo del tutto evidente che in tanto possono trovare attuazione i "diritti" della prole sanciti dall'art. 155 comma 1° c.c. in quanto ad essi corrispondano non "diritti" contrapposti dei

⁶⁸ in linea generale può dirsi che le questioni di "ordinaria amministrazione" sono quelle che sorgono nella fase attuativa delle decisioni di maggiore interesse. La giurisprudenza ha individuato alcuni criteri per distinguere gli atti di ordinaria amministrazione dagli atti di straordinaria amministrazione, ma solo con riferimento all'art. 320 c.c. (e dunque a questioni di natura patrimoniale), affermando che, al di fuori dei casi specificamente individuati ed inquadrati nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione dal legislatore, vanno considerati di ordinaria amministrazione gli atti che siano oggettivamente utili alla conservazione del valore e dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio in questione, abbiano un valore economico non particolarmente elevato in senso assoluto e soprattutto in relazione al valore totale del patrimonio medesimo e comportino un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del patrimonio predetto; invece vanno considerati di straordinaria amministrazione gli atti che non presentino tutte le predette caratteristiche.

⁶⁹ al riguardo si è soliti parlare di "*sfere di potestà separata*", cui si fa ricorso, normalmente, allorché i genitori dimostrino di essere incapaci di esercitare la potestà genitoriale di comune accordo, sicché il giudice può attribuire a ciascun genitore, tenuto conto delle peculiarità del caso concreto, 'fette' distinte di potestà.

genitori, bensì doveri degli stessi, sia di ciascuno (direttamente) nei confronti dei figli sia reciproci (il corretto espletamento del ruolo genitoriale presuppone necessariamente il superamento – o, quanto meno, l'accantonamento – dei contrasti esistenti tra i “coniugi” e la valorizzazione di ogni forma di collaborazione tra i “genitori”, finalizzata all’elaborazione ed al perseguimento di un progetto comune relativo ai figli, che orienti, nell’interesse superiore di questi ultimi e nel rispetto delle loro capacità, inclinazione naturale ed aspirazioni, le successive decisioni dei genitori).

In questo senso deve intendersi l’inciso secondo cui *“La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori”*.

Infatti, se l’adozione dei provvedimenti relativi alla prole deve essere diretta allo scopo di *“realizzare la finalità indicata dal primo comma”* dell’art. 155 c.c. (ossia salvaguardare i diritti dei figli *ivi* specificati) e *“con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa”*, non può che inferirsene il definitivo abbandono della nozione di potestà genitoriale intesa come *“potere”*, in favore di una concezione di potestà genitoriale intesa in senso *“funzionale”*, ossia come *“potere-dovere”* e dunque come *“responsabilità”*, la quale, essendone investiti entrambi i genitori (con pari dignità del ruolo genitoriale), non può che essere *“condivisa”* (sicché si impone, quando questa non riesca ad essere spontaneamente attuata per inadeguatezza e/o incomunicabilità dei genitori e/o per altre ragioni, l’intervento dell’autorità giudiziaria).

II. LA RESPONSABILITÀ DEL GENITORE NON AFFIDATARIO PER OMESSO ESERCIZIO DEL DIRITTO DI VISITA E QUELLA DEL GENITORE AFFIDATARIO CHE OSTACOLI IL DIRITTO DI VISITA DEL GENITORE NON AFFIDATARIO.

II.A. INTRODUZIONE.

Una volta ricostruito il quadro normativo (nazionale e sovranazionale) in materia di diritto della prole alla salvaguardia della relazione genitoriale nelle situazioni di crisi della famiglia (legittima o di fatto) ed acclarato il significato che, nella materia *de qua*, la parola *“diritto”* assume in ordine ai rapporti genitori/figli (vero e proprio diritto soggettivo dei figli nei confronti dei genitori; diritto-dovere – ossia responsabilità – dei genitori nei confronti dei figli), può passarsi all’esame della responsabilità del genitore *“non affidatario”* per omesso esercizio del *“diritto di visita”* e della responsabilità

del genitore “affidatario” che ostacoli il diritto di visita del genitore non affidatario.

II.B. PREMESSA.

Una premessa appare necessaria.

I riferimenti del titolo del presente paragrafo al “*genitore affidatario*”, al “*genitore non affidatario*” ed al “*diritto di visita*” potrebbero portare a pensare, di primo acchito, che gli unici profili di responsabilità rilevanti siano quelli riguardanti l’affidamento “esclusivo”. O, magari, che questioni inerenti alla responsabilità genitoriale possano sorgere soltanto in presenza di un affidamento “esclusivo”.

Queste opzioni non sono condivisibili, per un triplice ordine di ragioni: in primo luogo, perché le disposizioni introdotte dalla L. n. 54/2006 in materia di separazione (applicabili anche in caso di divorzio o di nullità del matrimonio nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ex art. 4 comma 2° L. n. 54/2006) non menzionano neppure le parole “*visita*” e/o “*diritto di visita*”, per lo più utilizzate nella normativa comunitaria ed internazionale (la quale però appare, per certi versi, ‘superata’ – in senso migliorativo – dalla più recente legislazione nazionale), e ciò lascia ragionevolmente pensare che i riferimenti *de quibus* non debbano essere intesi in senso strettamente letterale; in secondo luogo, perché le predette disposizioni pongono come regola l’affidamento “condiviso”, sicché sarebbe ben strano che le uniche ipotesi di responsabilità dei genitori a venire in rilievo fossero quelle legate all’affidamento esclusivo (ormai tendenzialmente minoritario, anche per le vicende giudicate in epoca anteriore all’entrata in vigore della L. n. 54/2006⁷⁰), lasciando fuori analoghe ipotesi di responsabilità dei genitori in caso di affidamento condiviso (ormai maggioritario); in terzo luogo, perché appare davvero non sostenibile, neppure in astratto, che in caso di affidamento condiviso non possano configurarsi ipotesi di responsabilità dell’uno e/o dell’altro genitore nei sensi

⁷⁰ l’art. 4 comma 1° della L. n. 54/2006, infatti, ha previsto che ciascuno dei genitori può richiedere l’applicazione delle nuove disposizioni, nei modi previsti dall’art. 710 c.p.c. o dall’art. 9 della L. n. 898/1970, e successive modificazioni, “*Nei casi in cui il decreto di omologa dei patti di separazione consensuale, la sentenza di separazione giudiziale, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia già stata emessa alla data di entrata in vigore della presente legge*”.

sopra indicati (anzi è vero l'esatto contrario).

Le ipotesi di responsabilità qui in esame, quindi, ben possono riguardare tanto l'affidamento condiviso quanto l'affidamento esclusivo, con l'ovvia precisazione che, nel caso di affidamento condiviso, per genitore "non affidatario" deve intendersi il genitore "non collocatario" e per genitore "affidatario" deve intendersi il genitore "collocatario"⁷¹.

II.C. IL (C.D.) "DIRITTO DI VISITA".

Quanto al "*diritto di visita*", poi, non può che ribadirsi che le nuove disposizioni della L. n. 54/2006 non lo menzionano neppure, di tal che per "*diritto di visita*" deve necessariamente intendersi la regolamentazione dei tempi e delle modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore, in conformità dell'inciso contenuto nell'art. 155 comma 2° periodo secondo c.c., operante sia per l'affidamento condiviso sia per l'affidamento esclusivo.

Innanzitutto è opportuno precisare che la regolamentazione dei tempi e delle modalità della presenza dei figli minorenni presso ciascun genitore, che devono essere determinati "*con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale*" della prole, costituisce attuazione dei diritti (naturali, si diceva in precedenza) di cui la prole, proprio perché tale, è titolare nei confronti dei genitori: diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori; diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi i genitori; diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Il "*diritto*", come evidenziato in precedenza, consiste, secondo la definizione tradizionale, nel "*potere di agire per il soddisfacimento del proprio interesse*".

Ora, se al "*diritto di visita*" si applicasse la definizione tradizionale, dovrebbe senz'altro affermarsi la responsabilità del genitore affidatario o collocatario che ostacolasse il "*diritto*" dell'altro genitore (il potere di un

⁷¹ genitore "collocatario" è quello con il quale la prole convive abitualmente. È vero che le disposizioni della L. n. 54/2006 non prevedono il genitore "convivente" (l'art. 155 comma 2° periodo secondo c.c. si limita a stabilire che il giudice "*determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore*"), ma è altrettanto vero che l'individuazione del genitore convivente risponde ad un'esigenza di stabilità del minore, sicché può essere esclusa nei soli casi in cui si accerti che il minore ha la possibilità di accedere liberamente all'uno e/o all'altro genitore, senza necessità di predeterminazione di vincoli spazio-temporali, e che da tale situazione non derivi alcun pregiudizio al minore.

soggetto di agire per il soddisfacimento del proprio interesse, infatti, presuppone la soggezione di altri soggetti all'esercizio di tale potere); nel contempo, però, dovrebbe escludersi la responsabilità del genitore non affidatario o non collocatario che omettesse di esercitare il "proprio" diritto, essendo del tutto evidente che la titolarità di un "diritto soggettivo" implica il potere tanto di agire quanto di non agire, essendo attribuita al titolare del diritto la facoltà di scegliere se, quando e come provvedere al soddisfacimento del "proprio" interesse.

La prospettiva cambia radicalmente, tuttavia, se al "*diritto del genitore*" (non – più – previsto nel testo dell'art. 155 c.c. novellato dalla L. n. 54/2006) subentra il "*diritto della prole*" (non solo previsto dalle disposizioni della predetta legge, ma anche specificato nel dettaglio).

Invero se i genitori, in quanto tali, sono titolari nei confronti dei figli non di "diritti", bensì di "funzioni" connesse al "ruolo genitoriale", attraverso le quali si estrinseca e riempie di contenuto la loro "responsabilità genitoriale" nei confronti della prole, non può che inferirsi che l'omesso esercizio del "diritto di visita" da parte del genitore non collocatario o non affidatario costituisce, in realtà, violazione di un dovere nei confronti della prole, di per sé fonte di pregiudizio per la stessa, essendo i figli privati non solo della possibilità di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con uno dei genitori, ma anche della possibilità di ricevere cura, educazione ed istruzione dal medesimo e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di quel ramo genitoriale (è dato di comune esperienza che la "scomparsa" di uno dei genitori dalla vita dei figli comporta l'interruzione, spesso irreversibile, di qualunque 'contatto' della prole con i parenti di quel ramo genitoriale).

A conclusioni non dissimili, pervero, si era giunti anche prima dell'entrata in vigore della L. n. 54/2006, sotto la vigenza delle disposizioni dell'art. 155 c.c. come sostituito dall'art. 36 della L. n. 151/1975, avendo la giurisprudenza evidenziato già all'epoca, alla luce dei precetti costituzionali ed in particolare della disposizione di cui all'art. 30 comma 1° della Costituzione (a mente del quale "*È dovere e diritto dei genitori mantenere,*

istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio)⁷², che “*il diritto del genitore separato a vedersi assicurata una sufficiente possibilità di rapporti col figlio minore affidato all’altro coniuge, non ha carattere assoluto, essendo subordinato ai preminenti interessi del minore*”⁷³.

II.D. LE CONSEGUENZE DELL’OMESSO ESERCIZIO DEL (C.D.) DIRITTO DI VISITA.

⁷² v. Cass., sez. 1^a civ., n. 364/1996, che in motivazione, nel giudicare infondato il motivo di impugnazione del ricorrente (nel ricorso per cassazione erano state dedotte violazione o erronea applicazione dell’art. 155 c.c. nonché omissione e contraddittorietà della motivazione della sentenza di merito, evidenziando, in particolare, che l’impedimento al padre di qualsiasi contatto diretto con i figli avrebbe violato il diritto primario del medesimo di esercitare la vigilanza sulla loro istruzione ed educazione e che l’affermazione della necessità di tutelare il diritto dei minori ad uno sviluppo armonioso ed equilibrato sarebbe stata contraddetta dalla distruzione della figura paterna attuata con le restrizioni previste per gli incontri settimanali), osservò che “*la natura e l’oggetto della situazione giuridica del genitore non affidatario deve essere identificata alla luce del criterio dell’esclusività dell’interesse morale e materiale della prole, sancito dal primo comma dell’art. 155 c.c. Detta situazione, che si ricollega alla previsione dell’art. 30, 1 comma Cost., è indubbiamente connaturata al fatto stesso di essere genitore, ma non ha natura né consistenza di diritto assoluto, perché, anche prescindendo dal carattere della doverosità risultante dalla lettera della disposizione costituzionale e dell’art. 147 c.c., dal punto di vista sostanziale, la realizzazione dell’aspirazione e dell’interesse primario del genitore a prendersi cura dell’educazione ed istruzione dei figli è pur sempre finalizzata e quindi subordinata al perseguimento dell’interesse dei minori, che è preminente rispetto a quello dei genitori. Pertanto il diritto del genitore non affidatario a mantenere vivo il rapporto affettivo con i figli, interessandosi anche della loro educazione e istruzione, può essere legittimamente disciplinato dal giudice della separazione in modo da non recare pregiudizio alla salute psicofisica dei minori, anche prevedendo particolari cautele e restrizioni agli incontri, arrivando perfino a sospenderli del tutto*”.

⁷³ così Cass., sez. 1^a civ., n. 6548/1994, secondo cui il diritto del genitore separato andava qualificato come “*diritto naturale primario*”. Nel medesimo senso Cass., sez. 1^a civ., n. 3249/1989 (secondo cui “*il diritto del coniuge separato di vedersi assicurata una sufficiente possibilità di rapporti con il figlio minore affidato all’altro coniuge – in relazione al disposto dell’art. 155, terzo comma, nuovo testo, cod. civ., ed anche al fine di essere in grado di guadagnarsi l’affetto ed il rispetto del figlio stesso – non ha carattere assoluto, ma resta viceversa subordinato ai preminenti interessi morali e materiali del minore, sicché ben può essere limitato od anche disconosciuto dal giudice, ove ricorrano gravi e comprovate ragioni di incompatibilità del suo esercizio con la salute psico-fisica del minore stesso*”); Cass., sez. 1^a civ., n. 6446/1980 [secondo cui “*il diritto del coniuge separato di vedersi assicurata una sufficiente possibilità di rapporti con il figlio minore affidato all’altro coniuge, in relazione al disposto dell’art. 155 terzo comma (nuovo testo) c.c., ed anche al fine di essere in grado di guadagnarsi l’affetto ed il rispetto del figlio stesso, ha carattere non assoluto, atteso che resta subordinato ai preminenti interessi morali e materiali del minore, sicché può essere limitato od anche disconosciuto dal giudice, ove ricorrano gravi e comprovate ragioni d’incompatibilità del suo esercizio con la salute psico-fisica del minore stesso*”]. Nel medesimo senso, altresì, Cass., sez. 1^a civ., n. 2882/1985 [che dopo avere chiarito, in un caso di esasperata conflittualità esistente fra i coniugi separati, che “*il diritto del coniuge non affidatario di vedersi assicurata una sufficiente possibilità di rapporti con il figlio (cosiddetto diritto di visita), in correlazione della sua potestà di controllarne l’educazione ed istruzione, ... non può essere negato per considerazioni di tipo sanzionatorio attinenti alla responsabilità della separazione, né per mere valutazioni di opportunità relative al coniuge affidatario*”, statuì che tale diritto “*è suscettibile di esclusione o limitazione alla stregua dei preminenti interessi del minore, alla cui tutela i suddetti provvedimenti devono essere essenzialmente rivolti, come nel caso nel quale i frequenti incontri del minore stesso con il genitore non affidatario, indipendentemente da un comportamento censurabile di quest’ultimo, possano implicare pregiudizio al suo sviluppo fisico e psichico*”].

Ciò premesso, dunque, può senz'altro affermarsi che l'omesso esercizio del (c.d.) "diritto di visita" da parte del genitore non collocatario o non affidatario integra gli estremi di una violazione dei doveri genitoriali e, come tale, è fonte di responsabilità.

Le conseguenze di siffatta condotta (di tipo omissivo) possono essere sia di natura penale sia di natura civile, legittimando anche l'adozione di provvedimenti ablativi o limitativi della potestà del genitore 'inadempiente'.

II.D.1. I provvedimenti ablativi o limitativi della potestà.

Quanto a quest'ultimo aspetto, infatti, è evidente che l'omesso esercizio del diritto di visita può essere manifestazione di incuria del genitore nell'adempimento dei propri doveri e dunque espressione dell'inadeguatezza di quel genitore al corretto espletamento del ruolo genitoriale.

L'art. 330 comma 1° c.c. dispone che il giudice (il Tribunale per i Minorenni, ai sensi dell'art. 38 comma 1° disp. att. c.c.) può pronunciare la decadenza dalla potestà (ed anche ordinare – tra l'altro – l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare, per gravi motivi) quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio⁷⁴.

L'art. 333 comma 1° c.c., poi, consente al giudice (sempre il Tribunale per i Minorenni, ai sensi dell'art. 38 comma 1° disp. att. c.c.) di adottare i provvedimenti convenienti (ed anche di disporre – tra l'altro – l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare) quando la condotta di uno o di entrambi genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza, ma appare comunque pregiudizievole al figlio.

Ad analoghe conclusioni può giungersi senz'altro, tuttavia, anche con riferimento alla condotta del genitore collocatario o affidatario, il quale ostacoli in qualunque modo, con condotte omissive (ad esempio, omettendo di assumere i comportamenti necessari a consentire la regolare attuazione degli incontri nei tempi e/o modi previsti) o commissive (ad esempio, impedendo

⁷⁴ v. Tribunale per i Minorenni di Torino, 16/06/1980, in *Giur. it.* 1980, I, 2, 561, secondo cui tenere presso di sé i figli minorenni nei periodi fissati dal giudice della separazione personale è non solo un diritto ma un preciso dovere del genitore non affidatario. L'omissione di tale dovere può costituire motivo per la decadenza dalla potestà parentale e può integrare gli estremi di reato previsto dall'art. 570 c.p., ma l'adempimento del dovere stesso è incoercibile sì che è inammissibile la domanda giudiziale dell'altro genitore per ottenere una condanna del genitore non affidatario a tenere con sé i figli nei periodi fissati dalla sentenza di separazione.

con violenza il prelevamento del minore da parte dell'altro genitore o conducendo il minore in luogo ignoto all'altro genitore o denigrando costantemente la figura dell'altro genitore agli occhi del figlio al fine di indurre quest'ultimo a rifiutare gli incontri col medesimo), il diritto di visita dell'altro genitore.

Infatti, una volta affermato il principio che entrambi i genitori sono "responsabili" nei confronti dei figli, ossia devono agire nell'esclusivo interesse oggettivo della prole in modo tale da salvaguardare i diritti di quest'ultima così come cristallizzati nell'ordinamento giuridico ed in particolare nell'art. 155 comma 1° c.c., non può che inferirsene che anche la sopra descritta condotta del genitore collocatario o affidatario è astrattamente suscettibile nell'alveo degli artt. 330 e 333 c.c. e può legittimare – tra l'altro – l'adozione dei provvedimenti *de quibus* nel caso di grave pregiudizio del figlio (pregiudizio che, ordinariamente, è da ritenersi *in re ipsa*, non potendo negarsi che la condotta di un genitore che, ostacolando il diritto di visita dell'altro genitore e più in generale la partecipazione dell'altro genitore alla vita del figlio, privi quest'ultimo del pieno godimento dei diritti sanciti dall'art. 155 comma 1° c.c. e dunque delle condizioni per uno sviluppo sereno ed armonioso, il conseguimento del quale normalmente presuppone un rapporto stabile e proficuo con entrambi i genitori, sia per ciò stesso pregiudizievole al medesimo).

II.D.2. Le conseguenze penali.

Quanto alle conseguenze penali, vanno qui menzionate le varie fattispecie di reato previste dal codice penale.

II.D.2.a. L'art. 570 c.p.

L'art. 570 c.p. punisce con pena detentiva o pecuniaria chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori o alla qualità di coniuge⁷⁵.

⁷⁵ nel senso che la violazione del dovere del genitore non affidatario di tenere presso di sé i figli minorenni nei periodi fissati dal giudice della separazione personale possa integrare gli estremi di reato previsto dall'art. 570 c.p., v. T.M. Torino, 16/06/1980, cit. Interessante la decisione di Trib. Genova, 17/05/2002 (in *Giur. merito* 2003, 139), secondo cui, in caso di condanna per il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare, la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena può essere subordinata all'adempimento degli obblighi di visita alla figlia minore, ai quali il

È appena il caso di evidenziare che l'eventuale inadempimento degli obblighi patrimoniali nei confronti della prole non legittima il genitore collocatario od affidatario al compimento di atti che si sostanzino nell'impedire o rendere più difficoltosi gli incontri dell'altro genitore (inadempiente) con i figli minori (tanto che si tratti di atti di natura squisitamente 'ritorsiva' quanto che si tratti di atti posti in essere a fini di coazione psicologica ovvero di autotutela); parimenti, il genitore non collocatario o non affidatario al quale il genitore collocatario o affidatario impedisca o renda più difficoltosi gli incontri con la prole, non è legittimato a non adempiere, per ritorsione e/o a fini di coazione psicologica ovvero in via di 'autotutela', gli obblighi di assistenza familiare⁷⁶.

Sul punto, per vero, la giurisprudenza di legittimità non è stata univoca.

Infatti il Supremo Collegio, che in una prima pronuncia aveva affermato che qualora il coniuge separato e residente all'estero, al quale sono stati affidati i figli, impedisca all'altro genitore di vedere i figli e di averli con sé per i periodi fissati dal giudice, il versamento dell'assegno di mantenimento che non sia diretto a sovvenire i figli nelle loro minime esigenze essenziali di vita, può essere subordinato all'adempimento dell'obbligo di visita dei figli al genitore non affidatario, in vista dell'essenziale esigenza della migliore formazione fisio-psichica dei figli⁷⁷, in una più recente pronuncia (pienamente condivisibile, in quanto in linea con la legislazione vigente) ha statuito che, in tema di separazione personale dei coniugi, l'obbligo della corresponsione dell'assegno per il mantenimento di un minore non può essere subordinato al rispetto delle prescrizioni relative alla visita del figlio al genitore non affidatario ed ai soggiorni presso quest'ultimo, atteso che la corresponsione dell'assegno e la regolamentazione degli incontri costituiscono strumenti per la realizzazione di diritti indisponibili del minore, ben distinti tra di loro, e che, pur se la regolamentazione degli incontri soddisfa al tempo stesso anche il diritto (e dovere) del genitore non affidatario di vedere ed avere con sé il figlio, per contribuire alla sua educazione ed istruzione, tuttavia l'esercizio del diritto del genitore è comunque subordinato alla tutela del diritto del

genitore si era sottratto.

⁷⁶ C. app. Caltanissetta, 10/10/2005 (*Diritto & Giustizia* 2005).

⁷⁷ Cass., sez. 1^a civ., n. 943/1980.

figlio, tanto da poter essere escluso o limitato in presenza di un pregiudizio per il minore, sicché nel caso in cui il genitore non affidatario sia privato, a causa di un comportamento anche colpevole del genitore affidatario, della possibilità di incontrare il minore (nella specie residente all'estero), egli non può sospendere l'erogazione dell'assegno per il figlio, nemmeno quando l'assegno sia diretto ad assicurare esigenze di vita del minore superiori a quelle minime, ma ad un mantenimento tale da garantirgli un tenore di vita corrispondente alle possibilità economiche della famiglia ed analogo, per quanto possibile, al tenore di vita goduto dallo stesso minore prima della separazione de genitori⁷⁸.

II.D.2.b. L'art. 388 c.p.

L'art. 388 c.p., al comma 2°, punisce (tra l'altro) chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che concerna l'affidamento di minori⁷⁹. In proposito appare opportuno indicare alcune pronunce della Corte Suprema:

- Cass., sez. 6^a pen., n. 33719/2010, dopo avere chiarito che l'elusione dell'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che riguardi l'affidamento di minori può concretarsi in un qualunque comportamento da cui derivi la 'frustrazione' delle legittime pretese altrui, *ivi* compresi gli atteggiamenti di mero carattere omissivo⁸⁰, ha ritenuto la sussistenza del delitto *de quo* in una fattispecie nella quale il genitore affidatario, cambiando continuamente il luogo di dimora senza darne preavviso all'altro genitore, aveva di fatto impedito a quest'ultimo l'esercizio del diritto di visita e di frequentazione dei figli;
- Cass., sez. un. pen., n. 36692/2007 ha chiarito che il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziali previsti dall'articolo 388 comma 2° c.p. non costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, a meno che l'obbligo imposto non sia coattivamente inesequibile,

⁷⁸ Cass., sez. 1^a civ., n. 3363/1993.

⁷⁹ l'art. 388 c.p. è stato recentemente sostituito dall'art. 3 comma 21° della L. n. 94/2009. Tuttavia le differenze tra il vecchio ed il nuovo testo del comma 2° sono minime e comunque non rilevano in questa sede (difatti il legislatore, in ragione delle recenti riforme procedurali riguardanti il processo amministrativo e contabile, si è limitato ad estendere il fatto penalmente rilevante all'ipotesi di elusione di un provvedimento del giudice amministrativo o contabile).

⁸⁰ nel medesimo senso Cass., sez. 6^a pen., n. 32846/2009, secondo cui l'elusione dell'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che concerna l'affidamento di minori può sostanziarsi in un qualunque comportamento da cui derivi la frustrazione delle legittime pretese altrui, *ivi* compresi gli atteggiamenti di mero carattere omissivo.

richiedendo la sua attuazione la necessaria collaborazione dell'obbligato, poiché l'interesse tutelato dall'art. 388 c.p. non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l'esigenza costituzionale di effettività della giurisdizione;

- 7 Cass., sez. 6^a pen., n. 37118/2004, dopo avere premesso che l'elusione dell'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che concerna l'affidamento di minori può connettersi ad un qualunque comportamento da cui derivi la frustrazione delle legittime pretese altrui, compresi gli atteggiamenti di mero carattere omissivo, ha affermato di conseguenza la rilevanza penale della condotta del genitore affidatario il quale, esternando il figlio un atteggiamento di rifiuto a proposito degli incontri con il genitore separato, non si era attivato affinché il minore maturasse un atteggiamento psicologico favorevole allo sviluppo di un equilibrato rapporto con l'altro genitore (nel caso scrutinato la Corte ha rilevato che l'atteggiamento di rifiuto del minore dipendeva dalla forte conflittualità espressa dal genitore affidatario nei confronti del coniuge e, per tale ragione, ha escluso che potesse rilevare quale giustificato motivo per il comportamento dello stesso affidatario, pure improntato ad un 'formale' rispetto delle prescrizioni giudiziali)⁸¹;
- 7 Cass., sez. 6^a pen., n. 17691/2004, dopo avere spiegato che il plausibile e giustificato motivo in grado di costituire valida causa di esclusione

⁸¹ il problema della "resistenza" del minore, opposta dal genitore affidatario quale causa di esclusione della propria responsabilità, è stato valutato anche da Cass., sez. 6^a pen., n. 7077/1999, secondo cui, in tema di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento di un figlio minore, se il genitore affidatario, pur obbligato a consentire l'esercizio del diritto di visita da parte dell'altro genitore secondo le prescrizioni stabilite dal giudice, viene a trovarsi in una concreta situazione di difficoltà determinata dalla resistenza del minore, ed essendo egli nello stesso tempo tenuto a garantire la crescita serena ed equilibrata del minore a norma dell'art. 155 comma 3° c.c., ha in ogni momento il diritto-dovere di assicurare massima tutela all'interesse preminente del minore, ove tale interesse, per la naturale fluidità di ogni situazione umana, non sia stato potuto essere tempestivamente portato alla valutazione del giudice civile; pertanto, ai fini della sussistenza del dolo, occorre stabilire da parte del giudice penale se il genitore affidatario, nell'impedire al genitore non affidatario il diritto di visita ricusato dal minore, sia stato eventualmente mosso dalla necessità di tutelare l'interesse morale e materiale del minore medesimo, soggetto di diritti e non mero oggetto di finalità esecutive perseguite da altri. Nel medesimo solco pare porsi anche Cass., sez. 6^a pen., n. 2720/1997, secondo cui in tema di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento di un figlio minore, il motivo plausibile e giustificato che può costituire valida causa di esclusione della colpevolezza, anche se non deve configurarsi l'esimente dello stato di necessità, deve comunque essere stato determinato dalla volontà di esercitare il diritto-dovere di tutela dell'interesse del minore, in situazione che non abbia potuto essere devoluta al giudice per eventuale modifica del provvedimento.

della colpevolezza – in quanto scriminante il rifiuto di dare esecuzione al provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento dei figli minori –, pur non richiedendo gli elementi tipici dell'esimente dello stato di necessità, deve essere determinato dalla volontà di esercitare il diritto-dovere di tutela dell'interesse del minore in una situazione sopravvenuta che, per il momento del suo avverarsi e per il carattere meramente transitorio, non abbia potuto essere devoluta al giudice per la opportuna eventuale modifica del provvedimento, ha conseguentemente sancito che non può giustificare l'elusione del provvedimento giudiziale una mera valutazione soggettiva di situazioni preesistenti (siano esse note, dedotte o deducibili al giudice) circa l'inopportunità dell'esecuzione, in quanto il dissenso sul merito del provvedimento manifesta la volontà del soggetto agente di eluderne l'esecuzione;

- 7 Cass., sez. 6^a pen., n. 2925/1999 ha ritenuto la responsabilità penale del coniuge separato, affidatario delle figlie minori, che non aveva dato seguito alle richieste dell'altro genitore di potere esercitare il diritto di visita delle figlie accordato dal provvedimento del giudice, evidenziando non solo che, ai fini della sussistenza del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice concernente l'affidamento dei minori, il termine "elude" va inteso in senso ampio, comprensivo di qualsiasi comportamento, positivo o negativo, ma anche che l'elusione dell'esecuzione del provvedimento non deve essere necessariamente caratterizzata dall'uso di scaltrezza o da condotta subdola, sicché la inazione dell'obbligato può assumere rilievo ogni volta che l'esecuzione del provvedimento del giudice richieda la sua collaborazione;
- 7 Cass., sez. 3^a pen., n. 675/1967, infine, ha affermato la responsabilità penale del marito, separato consensualmente dalla moglie, il quale aveva tenuto celato a costei il luogo di dimora del figlio affidatogli, rendendo inattuabile il provvedimento del giudice che autorizzava la madre a visitarlo una volta alla settimana, in quanto tale provvedimento non poteva essere eseguito senza la collaborazione del marito. A sostegno del *decisum* il Supremo Collegio ha spiegato: che l'art. 388 comma 2° c.p., concernente l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, intende evitare che venga frustrata l'esecuzione del provvedimento del giudice

mediante un comportamento violento, o anche inattivo, intenzionalmente diretto a impedire od ostacolare l'esecuzione degli obblighi imposti con il provvedimento; che, pur essendo identico il significato della locuzione 'elusione', usata dalla legge, quando si tratta di provvedimenti concernenti l'affidamento di minori o incapaci e quando si tratta di provvedimenti cautelari della proprietà o del possesso, è necessario tuttavia tener presente la 'qualità' dell'obbligo imposto, perché se l'obbligo è di non fare, il semplice fare costituisce elusione, mentre se l'obbligo è di fare, il provvedimento non è eluso con la semplice disobbedienza, dovendosi esaminare se quel provvedimento poteva, o meno, essere eseguito indipendentemente dalla collaborazione dell'obbligato.

II.D.2.c. L'art. 574 c.p.

In terzo luogo va menzionato l'art. 574 c.p., che punisce (tra l'altro) chiunque sottrae un minore degli anni quattordici al genitore esercente la potestà dei genitori ovvero lo ritiene contro la volontà del medesimo nonché chi sottrae o ritiene un minore che abbia compiuto gli anni quattordici senza il consenso di esso per fine diverso da quello di libidine o di matrimonio.

In giurisprudenza è stato chiarito che i contenuti precettivi delle disposizioni di cui all'art. 574 c.p. (sottrazione di persone incapaci) e di cui all'art. 388 c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice), per quanto attiene alla lesione degli interessi della famiglia, non coincidono, ma hanno portata e significato diversi.

Infatti, nella realtà giuridica del nuovo diritto di famiglia in ordine all'affidamento dei minori, se l'agente non ottempera a particolari disposizioni del giudice civile – sulla quantità e durata delle visite consentite al genitore non affidatario, sulle modalità e condizioni in genere fissate nel provvedimento – deve configurarsi il delitto di mancata esecuzione dolosa del provvedimento del giudice; se, invece, la condotta di uno dei coniugi porta ad una globale sottrazione del minore alla vigilanza del coniuge affidatario, così da impedirgli non solo la funzione educativa ed i poteri insiti nell'affidamento, ma da rendergli impossibile quell'ufficio che gli è stato conferito dall'ordinamento nell'interesse del minore e della società, in tal

caso ricorre il reato di cui all'art. 574 citato⁸².

In particolare, è stata affermata la sussistenza del delitto *de quo* nelle seguenti ipotesi (alcune delle quali, è bene precisare, si collocano temporalmente nell'epoca in cui l'affidamento e l'esercizio della potestà genitoriale erano regolati dalle vecchie disposizioni): genitore che, contro la volontà dell'altro, sottrae il figlio per un periodo di tempo rilevante, impedendo l'altrui esercizio della potestà genitoriale ed allontanando il minore dall'ambiente d'abituale dimora⁸³; genitore che, senza il consenso dell'altro, porta via con sé il figlio minore, allontanandolo dal domicilio stabilito, ovvero lo trattiene presso di sé, quando tale condotta determina un impedimento per l'esercizio delle diverse manifestazioni della potestà dell'altro genitore, come le attività di assistenza e di cura, la vicinanza affettiva, la funzione educativa, identificandosi nel regolare svolgimento della funzione genitoriale il principale bene giuridico tutelato dalla norma⁸⁴; genitore che sottrae il minore all'altro genitore, a cui era stato legalmente affidato, in ipotesi di attribuzione della potestà sulla prole minorenni congiuntamente ad entrambi i genitori, con esercizio della stessa di comune accordo⁸⁵; sottrazione dei figli minori da parte della madre, coniuge legalmente separato e genitore affidatario, con attribuzione al padre del co-esercizio della *patria potestas*, la cui concreta possibilità di esplicazione sia diminuita per effetto della sottrazione⁸⁶; sottrazione di una minore da parte di un genitore nei confronti dell'altro genitore, sia in ipotesi di famiglia

⁸² in termini Cass., sez. 6^a pen., n. 12950/1986 (che ha affermato la sussistenza del reato di sottrazione per l'ipotesi del genitore che non lo aveva restituito il minore dopo il periodo in cui gli era consentito di tenerlo presso di sé e lo aveva trasferito addirittura in un Paese straniero). In senso conforme Cass., sez. 6^a pen., n. 12275/1980, secondo cui ricorre l'ipotesi di reato previsto dall'art. 574 c.p. nel caso in cui un genitore sottrae il figlio all'altro, portandolo in un paese lontano ed impedendo ogni rapporto personale tra figlio e genitore. Ricorre, invece, l'ipotesi di reato prevista dall'art. 388 c.p. nel caso in cui il genitore affidatario non ottemperi alle prescrizioni del giudice civile non consentendo, ad esempio, nel giorno fissato la visita dell'altro genitore o modificando arbitrariamente le modalità di visite fissate dal giudice medesimo (fattispecie nella quale, in sede di separazione personale tra i coniugi, al padre era stato attribuito il coesercizio della *patria potestas*, sicché la sottrazione dei figli minori da parte della madre, cui erano stati affidati, diminuiva la concreta possibilità di esplicazione di tale *potestas* e realizzava, anche sotto l'impero della nuova legge civile, gli estremi del reato previsto dall'art. 574 c.p.).

⁸³ Cass., sez. 5^a pen., n. 37321/2008.

⁸⁴ Cass., sez. 6^a pen., n. 11415/2002. Nel medesimo senso Cass., sez. 6^a pen., n. 21441/2008.

⁸⁵ Cass., sez. 6^a pen., n. 4515/1989.

⁸⁶ Cass., sez. 6^a pen., n. 12275/1980. Nel medesimo senso Cass., sez. 6^a pen., n. 1325/1979.

legittima⁸⁷ sia in ipotesi di famiglia di fatto⁸⁸.

II.D.2.d. L'art. 574 *bis* c.p.

In quarto luogo va menzionato l'art. 574 *bis* c.p., inserito dall'art. 3 comma 29° lett. b) della L. n. 94/2009, il quale punisce con la pena della reclusione da uno a quattro anni, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque sottrae un minore al genitore esercente la potestà genitoriale (o al tutore), conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà del medesimo genitore (o tutore), impedendo in tutto o in parte allo stesso l'esercizio della potestà genitoriale (comma 1°). Se il fatto è commesso nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e con il suo consenso, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni (comma 2°). Se i fatti di cui ai primi due commi sono commessi da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale (comma 3°). Trattandosi di norma di recente introduzione, in giurisprudenza non si registrano ancora pronunce significative.

II.D.3. *Le (altre) conseguenze civili: gli artt. 155 bis e 155 ter c.c. e gli artt. 709 ter e 614 bis c.p.c.*

Quanto alle conseguenze civili (diverse da quelle, già considerate, di cui agli artt. 330-333 c.c.), infine, vanno esaminate le fattispecie disciplinate dagli artt. 155 *bis* e 155 *ter* c.c., 709 *ter* e 614 *bis* c.p.c.

II.D.3.a. Gli artt. 155 *bis* e 155 *ter* c.c.

Si è evidenziato, in precedenza, che l'art. 155 c.c. novellato riconosce al figlio minore alcuni diritti e, al fine di assicurarne una tutela adeguata, prevede l'affidamento ad entrambi i genitori come opzione 'prioritaria'.

Nell'ordinamento vigente, dunque, l'affidamento ad un solo genitore costituisce, ormai, un'eccezione alla regola: infatti l'art. 155 *bis* comma 1° c.c. stabilisce che l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori può essere disposto dal giudice *“qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore”*.

Anche l'art. 155 *ter* c.c., a mente del quale *“I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e*

⁸⁷ Cass., sez. 6^a pen., n. 7836/1999.

⁸⁸ Cass., sez. 6^a pen., n. 28863/2002.

delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo”, va letto nella medesima prospettiva, ossia con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale della prole (in difetto, le richieste di revisione avanzate dai genitori non potrebbero trovare accoglimento).

Ancora una volta, dunque, l’interesse del minore è posto dal legislatore al centro dell’attenzione degli operatori, nel senso che giammai potrebbe essere disposto l’affidamento esclusivo (o, più in generale, potrebbe essere modificato il regime di affidamento vigente) qualora ciò rispondesse non all’interesse della prole, bensì all’interesse (o addirittura a semplici aspettative) dell’uno e/o dell’altro genitore.

In quest’ottica (accertamento di un eventuale pregiudizio per l’interesse del minore), dunque, appare pienamente condivisibile l’arresto giurisprudenziale secondo il quale l’affidamento esclusivo per un verso non può trovare fondamento nella mera conflittualità esistente tra i genitori (che, anzi, potrebbe essere esasperata da uno di essi proprio al fine recondito di precludere l’adozione dell’affidamento condiviso) e per altro verso deve essere sorretto non più soltanto da una motivazione in positivo sull’idoneità del genitore affidatario, ma anche da una motivazione in negativo sull’inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell’altro genitore⁸⁹.

Sotto tale profilo, quindi, può ben affermarsi che il disinteresse per gli incontri con la prole (o, addirittura, l’esplicito rifiuto di incontrare la prole) manifestato dal genitore non collocatario, purché qualificabile come espressione di manifesta carenza o inidoneità educativa del medesimo (ciò sarebbe da escludere, ad esempio, se il disinteresse od il rifiuto dipendessero oggettivamente da cattive condizioni di salute fisica e/o psichica del genitore non collocatario; non sarebbe da escludere, viceversa, nell’ipotesi di oggettiva distanza esistente tra i luoghi di residenza dei genitori, potendo la distanza spaziale incidere soltanto sulla disciplina dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso ciascun genitore⁹⁰ e comunque dovendo escludersi, in via generale, che la lontananza ‘fisica’ possa *ex se* giustificare forme di lontananza ‘affettiva’, tenuto anche conto della possibilità di reperire facilmente sul mercato moderni ed efficaci mezzi di

⁸⁹ Cass., sez. 1^a civ., n. 16593/2008. Nel medesimo senso Cass., sez. 6^a civ., n. 24526/2010.

⁹⁰ Cass., sez. 6^a civ., n. 24526/2010, cit.

comunicazione⁹¹), comporta come possibile conseguenza (non solo l'eventuale applicazione dell'art. 709 *ter* c.p.c., di cui si dirà più oltre, ma anche) la sostituzione dell'affidamento condiviso con l'affidamento esclusivo, essendo del tutto evidente che il genitore non collocatario, con i predetti comportamenti (che costituiscono, nel contempo, violazione o trascuratezza dei doveri genitoriali, sicché, ricorrendo il grave pregiudizio del figlio, il Tribunale per i minorenni potrebbe anche adottare i provvedimenti di cui agli artt. 330-333 c.c.), lede i diritti della prole minorenni previsti dall'art. 155 comma 1° c.c.⁹² (i quali sono di tale rilevanza, si noti bene, che non vengono meno – ed anzi devono essere fatti “*salvi, per quanto possibile*” – anche nel caso di affidamento esclusivo, ex art. 155 *bis* comma 2° periodo secondo c.c.).

Parimenti, può costituire espressione di manifesta carenza o inidoneità educativa anche la condotta del genitore collocatario che ostacoli gli incontri della prole con l'altro genitore, poiché anche tale condotta è lesiva dei diritti della prole minorenni previsti dall'art. 155 comma 1° c.c. È tuttavia evidente, in quest'ultima ipotesi, che le conseguenze possibili sono più ampie, poiché, a parte quelle di cui agli artt. 709 *ter* c.p.c. (di cui si dirà più oltre) e 155 *bis* c.c. (applicazione dell'affidamento esclusivo in favore dell'altro genitore – non collocatario – in luogo dell'affidamento condiviso), potrebbe anche essere semplicemente disposto il collocamento del minore presso il genitore non collocatario (ossia presso l'altro genitore), senza modificare il preesistente regime di affidamento condiviso, sempre che ciò risponda

⁹¹ Cass., sez. 1^a civ., n. 16593/2008, cit., in motivazione, ha testualmente evidenziato che può derogarsi alla regola dell'affidamento condiviso ove “*risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore (come nel caso di una sua anomala condizione di vita, di insanabile contrasto con il figlio, di obiettiva lontananza...)*”. Invero non è ben chiaro se la Corte Suprema, parlando di “obiettiva lontananza”, abbia inteso riferirsi solo a quella ‘spaziale’, solo a quella ‘affettiva’ o ad entrambe.

⁹² v. Cass., sez. 1^a civ., n. 26587/2009, che ha chiarito che la regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori, prevista dall'art. 155 c.c. con riferimento alla separazione personale dei coniugi, ed applicabile anche nei casi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, in virtù del richiamo operato dall'art. 4 comma 2° legge 8 febbraio 2006, n. 54, è derogabile solo ove la sua applicazione risulti “pregiudizievole per l'interesse del minore”, come nel caso in cui il genitore non affidatario si sia reso totalmente inadempiente all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori ed abbia esercitato in modo discontinuo il suo diritto di visita, in quanto tali comportamenti sono sintomatici della sua inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta anche a carico del genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente. In senso conforme, più di recente, Cass., sez. 6^a civ., n. 24526/2010, cit.

all'interesse del minore.

Una particolare ipotesi da prendere in considerazione è quella in cui il genitore non collocatario o non affidatario ometta di incontrare i figli per il rifiuto di questi ultimi ovvero per la sussistenza di un insanabile contrasto con i figli.

In via di approssimazione, nelle suddette ipotesi, dovrebbe escludersi la possibilità di ravvisare profili di responsabilità a carico del genitore non collocatario o non affidatario.

L'assunto, però, può essere condiviso fino a un certo punto, perché se è vero che non può 'oggettivamente' imputarsi al genitore non collocatario o non affidatario il mancato svolgimento di incontri con la prole allorquando sia quest'ultima a rifiutarli (ad esempio perché mossa da avversione o da spirito di risentimento nei confronti del genitore), è però altrettanto vero che il medesimo genitore può essere ritenuto 'responsabile' nella misura in cui si accerti che non ha fatto tutto quanto è nelle proprie possibilità per superare, eventualmente con l'ausilio di strutture specializzate pubbliche o private, tali barriere relazionali.

Potrebbe forse dirsi, mutuando la terminologia da altro campo del diritto civile (obbligazioni), che nelle ipotesi suindicate l'obbligazione del genitore non collocatario o non affidatario è di mezzi (nell'adempimento della quale si richiede, proprio per la natura degli interessi in gioco, un grado di diligenza particolarmente elevato) e non di risultato.

Nel contempo, proprio nell'ottica del soddisfacimento dei diritti della prole (art. 155 comma 1° c.c.) e della tutela in via esclusiva del preminente interesse della stessa (art. 155 comma 2° c.c.), può ben affermarsi che al genitore collocatario o affidatario incombe il dovere di attivarsi in ogni modo possibile, con il massimo della diligenza, affinché tutte le strade idonee a favorire il recupero del rapporto della prole con l'altro genitore siano percorse (anche la violazione di tale dovere, infatti, potrebbe dare luogo ad ipotesi di responsabilità e legittimare l'adozione dei provvedimenti sopra indicati)⁹³.

⁹³ ciò va affermato tanto nel caso di affidamento condiviso (nel quale è proprio la condivisione della responsabilità genitoriale ad imporre forme di cooperazione e collaborazione tra i genitori nel comune interesse dei figli) quanto nel caso di affidamento esclusivo (si è già evidenziato, infatti, che il diritto

È appena il caso di evidenziare, poi, che profili di responsabilità a carico del genitore collocatario o affidatario sarebbero sicuramente ravvisabili qualora addirittura emergesse che l'avversione dei minori nei confronti dell'altro genitore, non collocatario o non affidatario, è determinata proprio dalla condotta del primo genitore: infatti non è revocabile in dubbio che, in tal caso, si giustificerebbe senz'altro l'adozione delle misure di cui sopra (mutamento del genitore collocatario; mutamento del regime di affidamento, da condiviso ad esclusivo all'altro genitore; assunzione, da parte del Tribunale per i Minorenni, di provvedimenti ablativi o limitativi della potestà ex artt. 330 e ss. c.c.), oltre agli ulteriori provvedimenti di cui all'art. 709 *ter* c.p.c.

Si osserva, da ultimo, che ai predetti comportamenti (del genitore non collocatario o non affidatario e/o del genitore collocatario o affidatario) potrebbe anche ovviarsi semplicemente con una modifica delle disposizioni in essere (ex art. 155 *ter* c.c. cit.), qualora risultasse che derivano soltanto dalla inadeguatezza 'oggettiva' della regolamentazione vigente.

II.D.3.b. L'art. 709 *ter* c.p.c.

L'art. 709 *ter* c.p.c., intitolato "*Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*", costituisce una delle novità più interessanti introdotte dalla (pur frettolosa, sotto vari profili) legge n. 54/2006.

L'art. 709 *ter* c.p.c. recita: "*Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.*

A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

del minore alla bigenitorialità, previsto dal primo comma dell'art. 155 c.c., deve essere fatto salvo, per quanto possibile, anche nel caso di affidamento esclusivo, il che sta a significare che, anche con l'affidamento esclusivo, i genitori hanno il dovere di collaborare e cooperare nell'interesse dei figli, sia pur nelle diverse forme in cui tale tipo di affidamento si esplica).

- 1) *ammonire il genitore inadempiente;*
- 2) *disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;*
- 3) *disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;*
- 4) *condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.*

I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari”.

L'art. 709 *ter* c.p.c. è stato inserito dall'art. 2 comma 2° della L. n. 54/2006 al fine di offrire, sul piano civilistico, strumenti atti a salvaguardare il diritto del minore alla bigenitorialità, previsto nell'art. 155 c.c. come novellato dalla medesima legge (in precedenza, infatti, l'inosservanza dei provvedimenti del giudice in materia di affidamento o di potestà genitoriale dava tutt'al più luogo, nel campo civile, all'instaurazione di procedimenti dinanzi ai Tribunali per i minorenni finalizzati all'adozione di provvedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale, ex artt. 330 e 333 c.c.⁹⁴, cui si aggiungevano i tentativi di estendere l'applicazione delle norme disciplinanti l'esecuzione forzata in materia di famiglia). Ciò, ovviamente, tanto nell'ipotesi di affidamento condiviso (che secondo la nuova legge costituisce, come detto, la regola) quanto nell'ipotesi di affidamento esclusivo (ovviamente nei limiti delle prescrizioni adottate al fine di far salvo, per

⁹⁴ perverso, negli ultimi anni, si è anche registrata, in materia di diritto di famiglia, la instaurazione di giudizi aventi per oggetto azioni risarcitorie: ad esempio si veda Cass., sez. 1^a civ., n. 7713/2000 [che ha confermato la decisione di merito che aveva riconosciuto il diritto al risarcimento del danno, liquidato in via equitativa, del figlio naturale in conseguenza della condotta del genitore, tale riconosciuto a seguito di dichiarazione giudiziale, che per anni aveva ostinatamente rifiutato di corrispondere al figlio i mezzi di sussistenza con conseguente lesione in sé di fondamentali diritti della persona inerenti alla qualità di figlio e di minore: la Corte di cassazione ha affermato il principio che l'art. 2043 c.c., correlato agli artt. 2 e ss. della Costituzione, va necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana, sicché la lesione di diritti di rilevanza costituzionale (c.d. danno esistenziale) va incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza)]; Cass., sez. 1^a civ., n. 9801/2005 (che ha ritenuto la sussistenza di un danno ingiusto risarcibile in un caso nel quale il marito, prima delle nozze, aveva omesso di informare la moglie, in violazione dell'obbligo di lealtà, della propria incapacità *coeundi* a causa di una malformazione, da lui pienamente conosciuta, così inducendo la donna a contrarre un matrimonio che, se informata, ella avrebbe rifiutato).

quanto possibile, il diritto del minore alla bigenitorialità).

Le disposizioni dell'art. 709 *ter* c.p.c., per effetto dell'art. 4 comma 2° della L. n. 54/2006, si applicano non solo in caso di separazione, ma anche in caso di divorzio o di nullità del matrimonio nonché ai procedimenti relativi figli di genitori non coniugati.

Il perimetro 'interno' di applicazione dell'art. 709 *ter* c.p.c. è tracciato dal comma 1°, il quale richiede che tra i genitori sia insorta una controversia in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento.

È dunque evidente che, secondo la disposizione in esame, occorre:

- che siano già stati emanati provvedimenti diretti a regolamentare, anche in via provvisoria (si pensi all'ordinanza presidenziale pronunciata ex art. 708 comma 3° c.p.c. o ex art. 4 comma 8° periodi primo e secondo della L. n. 898/1970; all'ordinanza pronunciata dalla Corte d'appello in sede di reclamo contro l'ordinanza presidenziale emanata nel giudizio di separazione personale, ex art. 708 comma 4° c.p.c., o nel giudizio divorzile, ex combinato disposto degli artt. 708 comma 4° c.p.c. e 4 comma 2° della L. n. 54/2006; alle ordinanze pronunciate dal giudice istruttore nel corso dei giudizi di separazione o divorzio, in primo grado, ex artt. 709 comma 4° c.p.c. e 4 comma 8° periodo terzo della L. n. 898/1970; alle ordinanze pronunciate dalla Corte d'appello nel corso dei giudizi di separazione e divorzio, in secondo grado; ai provvedimenti provvisori adottati dal Tribunale nel corso dei procedimenti camerali, ex art. 710 comma 3° c.p.c.), l'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento (può trattarsi anche, come detto, di provvedimenti adottati dal tribunale per i minorenni nei procedimenti ex art. 317 *bis* c.c. relativi a figli di genitori non coniugati⁹⁵);

⁹⁵ Cass., sez. 1^a civ., ord. n. 8362/2007 ha statuito che "La legge 8 febbraio 2006, n. 54 sull'esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull'affidamento condiviso, applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente riplasmato l'art. 317-bis cod. civ., il quale, innovato nel suo contenuto precettivo, continua tuttavia a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicché la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetta al tribunale per i minorenni, in forza dell'art. 38, primo comma, disp. att. cod. civ., in parte qua non abrogato, neppure tacitamente, dalla novella. La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati artt. 155 e ss. cod. civ., ha peraltro determinato –

che, in ordine all'esercizio della potestà genitoriale (che involge le decisioni relative alla prole minorenni, ordinarie e straordinarie⁹⁶, riguardanti le attività scolastiche, le attività ludico-sportive, l'abbigliamento, il regime alimentare, le cure sanitarie e non) o all'esercizio delle modalità dell'affidamento (si pensi all'individuazione del genitore collocatario o affidatario; ai rapporti tra i genitori in vista dell'assunzione delle decisioni relative alla cura, all'educazione ed all'istruzione della prole minorenni; ai tempi ed alle modalità della presenza della prole minorenni presso ciascun genitore) sia sorta una controversia (ossia un conflitto, un contrasto) tra i genitori⁹⁷, in punto di fatto e/o di diritto, attinente all'esatta interpretazione dei provvedimenti o alla loro corretta esecuzione, che i genitori stessi non siano in grado di appianare (con conseguente previsione della possibilità, per entrambi, di ricorrere al Giudice per la "soluzione" del conflitto)⁹⁸.

in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo – una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio". L'insegnamento è stato ribadito dalla successiva giurisprudenza di legittimità: Cass., sez. 6^a civ., n. 13508/2011; Cass., sez. 6^a civ., n. 674/2011.

⁹⁶ sul punto Cass., sez. 1^a civ., n. 21718/2010, che in motivazione ha efficacemente osservato (tra l'altro): "... L'oggetto della procedura attiene alle controversie insorte in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità di affidamento: da un lato, dunque, conflitto tra i genitori sulle questioni di maggiore interesse, ai sensi dell'art. 155 c.c., comma 3, (la scelta della scuola, un intervento medico sul minore, ecc.), ma pure – è da ritenersi – di 'ordinaria amministrazione', espressione evidentemente usata in modo atecnico dal legislatore, non riferendosi ai soli rapporti patrimoniali (il modo in cui il minore si veste, gli spettacoli cui può assistere, ecc...), dall'altro, controversie sulla 'interpretazione' dei provvedimenti del giudice, che potrebbero condurre (non ad una modifica, ma) ad una più precisa determinazione e specificazione...".

⁹⁷ quindi l'applicazione dell'art. 709 *ter* c.p.c. è da escludere sia nel caso in cui il contrasto sia tra il genitore ed un terzo (che potrebbe anche essere un ascendente o un parente dell'altro ramo genitoriale), a meno che quest'ultimo non sia un semplice esecutore della volontà dell'altro genitore, sia nel caso in cui il contrasto sia tra terzi (ad esempio tra nonni paterni e nonni materni).

⁹⁸ il fatto che debba trattarsi di controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della "potestà genitoriale" o delle "modalità dell'affidamento" porterebbe ad escludere l'applicazione dell'articolo in esame nell'ipotesi di controversie tra i genitori riguardanti profili di natura patrimoniale. Pervero, nella giurisprudenza di merito, il punto è controverso, poiché in talune pronunce si è sostenuto che il genitore che non adempie gli obblighi patrimoniali pone in essere atti che comunque arrecano pregiudizio al minore, con conseguente applicabilità delle sanzioni indicate nell'ultima parte del comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c. (applicabilità ritenuta comunque opportuna, proprio perché diretta a rafforzare la prevenzione degli inadempimenti patrimoniali). In altre pronunce si è opinato in senso contrario, sostenendo (a parere dello scrivente in modo convincente): che il comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c. costituisce un "sottoinsieme" dell'"insieme" delineato dal comma 1°, di talché le "gravi

Per quel che concerne l'individuazione del giudice competente ad emanare i provvedimenti che regolamentano l'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità di affidamento, la disposizione *de qua* menziona “*il giudice del procedimento in corso*” e “*Per i procedimenti di cui all'articolo 710 ... il Tribunale del luogo di residenza del minore*”.

Quanto al primo profilo, è evidente che per giudice del procedimento in corso deve intendersi il giudice che “procede” in quel momento: può trattarsi del giudice istruttore (nel corso del primo grado dei giudizi di separazione e divorzio⁹⁹), del Tribunale (in sede di pronuncia della sentenza all'esito del primo grado dei giudizi di separazione e divorzio o in sede di deliberazione di istanze proposte ai sensi degli artt. 710-711 c.p.c. o dell'art. 9 della L. n.

inadempienze” e gli “atti comunque pregiudizievoli al minore od ostativi al corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento” non vanno visti in modo autonomo, ma devono inserirsi pur sempre nell'ambito di una controversia tra genitori concernente l'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento; che l'ordinamento già prevede, in altre disposizioni, misure specifiche dirette che a reprimere l'inadempimento degli obblighi patrimoniali (artt. 156 c.c.; art. 8 della L. n. 898/1970; art. 12 *sexies* della L. n. 898/1970, richiamato espressamente dall'art. 3 della L. n. 54/2006; esecuzione forzata). Vi è poi una terza tesi, per così dire intermedia, secondo cui non può darsi una valida risposta in astratto ma deve valutarsi caso per caso, nel senso che se l'inadempimento degli obblighi patrimoniali è di entità o natura tale da incidere sull'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento, allora la controversia risulta inquadrabile nell'ambito del comma 1° dell'art. 709 *ter* c.p.c., con conseguente applicabilità delle sanzioni previste nel comma 2° del medesimo articolo.

⁹⁹ nella giurisprudenza di merito è assolutamente prevalente l'orientamento secondo cui, nel corso del primo grado dei giudizi di separazione e divorzio, giudice competente ad adottare i provvedimenti di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. (inclusi quelli sanzionatori, senza distinzione alcuna tra sanzioni) è il giudice istruttore. La tesi appare condivisibile per quattro ordini di ragioni: in primo luogo, perché il giudice istruttore aveva già prima del D.L. n. 35/2005 (convertito, con modificazioni, nella L. n. 80/2005), e lo ha conservato anche dopo il predetto provvedimento legislativo, il potere di revocare e/o modificare, con ordinanza costituente titolo esecutivo ex art. 189 disp. att. c.p.c., tanto i provvedimenti temporanei e urgenti assunti in sede presidenziale (art. 709 comma 4° c.p.c.; art. 4 comma 8° L. n. 898/1970) quanto i propri precedenti provvedimenti, potere del tutto analogo a quello – modificazione dei provvedimenti in vigore – previsto dall'art. 709 *ter* comma 2° periodo secondo c.p.c.; in secondo luogo, perché l'art. 709 *ter* comma 2° c.p.c. non pone alcuna distinzione tra provvedimenti ‘modificativi’ e provvedimenti ‘sanzionatori’, sicché non è dato comprendere perché al giudice istruttore, che pacificamente può adottare i primi, dovrebbe essere preclusa l'adozione dei secondi; in terzo luogo, perché l'esigenza di tempestività chiaramente sottesa all'art. 709 *ter* c.p.c. (finalizzato a rafforzare l'efficacia esecutiva di provvedimenti urgenti) appare meglio soddisfatta dall'intervento di un solo giudice; in quarto luogo, perché il giudice istruttore, ai sensi dell'art. 179 comma 1° c.p.c., è competente a pronunciare le ordinanze di condanna a pena pecuniaria previste nel codice di rito civile, fra le quali rientra anche quella di cui all'art. 709 *ter* comma 2° n. 4) c.p.c. (e, come detto, non v'è ragione di pensare che il giudice istruttore possa irrogare solo alcune delle sanzioni previste dal comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c.). Ovviamente altrettanto non può dirsi nei procedimenti camerali ex artt. 710 c.p.c. o 9 della L. n. 898/1970, in cui il “giudice” è il collegio, non c'è la figura del giudice istruttore e il giudice relatore ha il solo compito di riferire in camera di consiglio e di assumere, qualora delegato dal collegio, i mezzi istruttori eventualmente ammessi da quest'ultimo (artt. 738 commi 1° e 3° e 710 comma 2° c.p.c.).

898/1970), del giudice del gravame (nel caso sia stata proposta impugnazione), del tribunale per i minorenni (nel corso dei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati).

Quanto al secondo profilo, è evidente che l'inciso "*procedimenti di cui all'articolo 710*" (per i quali è prevista la competenza esclusiva del Tribunale del luogo di residenza del minore, in deroga alle regole generali di cui agli artt. 18 e 20 c.p.c.¹⁰⁰) va riferito ai procedimenti che ciascuno dei coniugi, dopo la conclusione dei giudizi di separazione e divorzio¹⁰¹, può instaurare nelle forme del rito camerale, rispettivamente ai sensi dell'art. 710 c.p.c. e dell'art. 9 della L. n. 898/1970 (quest'ultimo è da ritenersi richiamato se non in modo diretto, ancorché implicitamente, quanto meno indirettamente, in forza dell'estensione operata dall'art. 4 della L. n. 54/2006).

L'art. 709 *ter* comma 1° c.p.c. non detta specifiche norme procedurali (a parte quanto sta per dirsi con riferimento al primo periodo del comma 2°), sicché sono da ritenersi applicabili le norme che disciplinano il procedimento in corso (qualora il ricorso sia stato proposto durante uno dei predetti procedimenti, dando luogo ad un sub-procedimento) o quelle proprie del rito camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c. (qualora il ricorso ex art. 709 *ter* c.p.c. sia stato proposto direttamente nelle forme di cui agli artt. 710 c.p.c. e 9 della L. n. 898/1970).

L'unica disposizione procedurale, come detto, è contenuta nel primo periodo

¹⁰⁰ si è sostenuto che se il ricorso ex art. 709 *ter* c.p.c. è proposto nel corso di un procedimento ex art. 710 c.p.c. o ex art. 9 L. n. 898/1970 (dando così luogo ad un sub-procedimento) non si determina alcuno spostamento di competenza (in tal caso il giudice competente è quello del "procedimento in corso"). La tesi appare corretta, pur essendo evidente che, in tal modo, la norma di cui all'art. 709 *ter* comma 1° periodo secondo c.p.c. si presta a facili 'aggiramenti': infatti chi intendesse proporre, dopo la conclusione di altro procedimento (di merito o camerale), istanza ex art. 709 *ter* c.p.c. (ad esempio diretta all'applicazione di sanzioni all'altro genitore) potrebbe essere indotto a non presentare direttamente ricorso ex art. 709 *ter* c.p.c. (cioè a non instaurare direttamente un procedimento ex art. 709 *ter* c.p.c., poiché ciò farebbe scattare la competenza del Tribunale del luogo di residenza del minore, ex art. 709 *ter* comma 1° periodo secondo c.p.c.), bensì ad instaurare un procedimento ex art. 710 c.p.c. o ex art. 9 della L. n. 898/1970 (magari chiedendo strumentalmente una – in realtà non voluta – modifica dei provvedimenti o delle condizioni della separazione ovvero una revisione delle disposizioni divorzili), con conseguente radicamento della competenza in base alle regole generali, e ad avanzare poi, nell'ambito di tale procedimento (il rito camerale è deformalizzato e privo di preclusioni), ricorso ex art. 709 *ter* c.p.c. (ossia instaurando un sub-procedimento ex art. 709 *ter* c.p.c. nell'ambito di un procedimento 'principale' ex art. 710 c.p.c. o ex art. 9 della L. n. 898/1970).

¹⁰¹ secondo una pronuncia di merito, il criterio di competenza del luogo di residenza del minore opererebbe anche nel caso in cui il provvedimento di merito (nella specie: sentenza di divorzio) non sia ancora passata in giudicato per non essere ancora decorso il termine lungo o breve di impugnazione (Trib. Busto Arsizio, 26/01/2010, *DeJure Giuffré*).

del comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c., che stabilisce (pervero in modo alquanto 'sbrigativo') che, a seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni.

Si discute se il "ricorso" (ossia l'istanza di parte¹⁰²) sia sempre necessario: premesso, infatti, che vi sono norme del diritto di famiglia che consentono al giudice di intervenire (anche) *ex officio* al fine di salvaguardare il superiore interesse della prole minorene¹⁰³, si è sostenuto da taluno che la natura degli interessi in gioco legittimerebbe il giudice ad agire *motu proprio* anche in questo caso¹⁰⁴. In linea generale la tesi (su cui, invero, non vi è unanimità di consensi, tenuto conto del fatto che la lettera della norma oggettivamente milita in senso contrario) potrebbe essere tutto sommato condivisa; però limitatamente all'ipotesi in cui vi sia già un procedimento in corso, nel qual caso l'intervento *ex officio* del giudice (già adito da una delle parti) riguarderebbe solo il sub-procedimento. È senz'altro da escludere, infatti, che il giudice, che non sia stato previamente adito da una delle parti, possa *ex officio* instaurare direttamente (ad esempio dopo la conclusione di un giudizio di separazione o divorzio ovvero di un procedimento camerale ex art. 710 c.p.c. o ex art. 9 della L. n. 898/1970), *principaliter*, una procedura camerale ex art. 709 *ter* c.p.c. (ed artt. 710 c.p.c. e 9 L. n. 898/1970).

Alle medesime conclusioni deve pervenirsi anche per l'autorità giudiziaria minorile, con riferimento ai procedimenti di sua competenza ex art. 317 *bis* c.c.

Un ulteriore limite all'intervento *ex officio* del giudice, anch'esso di natura oggettiva, è dato dalla diversa natura delle sanzioni previste dal comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c., perché se è vero che quelle di cui ai numeri 1)

¹⁰² la lettera della norma farebbe pensare che il giudice debba essere sempre adito con ricorso, sia che l'istanza dia luogo ad un sub-procedimento sia che con l'istanza si instauri un procedimento *ex novo*. Però vi è anche chi ritiene che l'istanza, se diretta all'instaurazione di un sub-procedimento (nell'ambito di un giudizio di separazione o divorzio o di un procedimento camerale ex art. 710 c.p.c. o 9 della L. n. 898/1970), possa essere presentata verbalmente in udienza, davanti al Giudice (dandone atto, ovviamente, nel verbale di udienza).

¹⁰³ si vedano, ad esempio, gli artt. 155 *sexies* comma 1° periodo primo c.c. e 6 comma 9° della L. n. 898/1970. Si veda altresì l'art. 155 c.c., laddove consente al Giudice di non prendere atto degli accordi intervenuti tra i genitori.

¹⁰⁴ così, ad esempio, Trib. Salerno, sez. 1^a civ., 03/05/2011 (in *DeJure Giuffré*), limitatamente alla modifica dei provvedimenti in vigore ex art. 709 *ter* comma 2° c.p.c.; Trib. Padova, sez. 1^a civ., 03/10/2008, in *DeJure Giuffré*; Trib. Napoli, sez. 1^a civ., 11/03/2008, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=40819>.

(ammonimento), 2) (risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti del minore) e 4) (sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende) possono risultare senz'altro funzionali alla tutela dell'interesse del minore, è altrettanto vero che difficilmente ciò può essere sostenuto per quella di cui al numero 3) (risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro).

Insuperabile è, invece, il dato normativo concernente la “convocazione” delle parti, emergendo chiaramente dal testo della norma che il giudice provvede “dopo” avere convocato le parti (ossia previa regolare instaurazione del contraddittorio tra i genitori). Dunque i provvedimenti *de quibus* [tanto quelli “opportuni” diretti alla “soluzione delle controversie” di cui al comma 1° dell'art. 709 *ter* c.p.c. (che possono consistere nell'interpretazione, nella specificazione o nel chiarimento dei provvedimenti in vigore; nell'esperimento di un tentativo di conciliazione; nell'attivazione dei servizi sociali o di altre strutture operanti sul territorio per agevolare i genitori nella corretta attuazione dei provvedimenti in vigore; in un'opera di *moral suasion* – letteralmente: ‘persuasione morale’ – nei confronti dei genitori, ricordando loro l'importanza del ruolo genitoriale e la necessità di osservare le prescrizioni in modo puntuale e reciprocamente collaborativo nell'interesse superiore della prole, magari suggerendo loro di tentare una mediazione familiare all'auspicabile fine di raggiungere un accordo, sempre nell'interesse superiore della prole) quanto quelli ‘modificativi’ ed eventualmente ‘sanzionatori’ di cui al comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c. (diretti a superare e reprimere la commissione – nonché a prevenire la reiterazione – di “gravi inadempienze” o di “atti comunque pregiudizievoli al minore od ostativi al corretto svolgimento dell'affidamento”)¹⁰⁵] non possono essere adottati

¹⁰⁵ la complessiva formulazione dell'art. 709 *ter* c.p.c. e l'utilizzo del verbo “adotta” nel primo periodo del comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c. e del verbo “può” nel secondo periodo del comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c. portano ad affermare che, in presenza di controversie tra genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento, l'adozione di provvedimenti opportuni finalizzati alla soluzione di tali controversie è ineludibile, mentre la modificazione dei provvedimenti in vigore e/o l'irrogazione di sanzioni sono soltanto eventuali, sempre che sussistano “gravi inadempienze” o “atti comunque pregiudizievoli al minore od ostativi al corretto svolgimento dell'affidamento”. Pertanto nulla esclude che il giudice, anche nel caso di “gravi inadempienze” o di “atti comunque pregiudizievoli al minore od ostativi al corretto svolgimento dell'affidamento”, possa decidere di adottare soltanto “provvedimenti opportuni” (quelli precisati nel testo), evitando (ad esempio perché controproducenti ai fini del superamento della conflittualità dei genitori) quelli modificativi dei

inaudita altera parte.

Nel contempo è da escludere, in ragione della specialità della materia e della natura non cautelare dei provvedimenti in questione, che possa trovare applicazione, in via di interpretazione estensiva o addirittura di analogia, la disposizione dettata dall'art. 669 *sexies* comma 2° c.p.c. in materia di procedimento cautelare uniforme.

Brevi osservazioni vanno fatte con riferimento alle sanzioni di cui all'ultima parte del secondo periodo del comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c. [non anche con riferimento alla modificazione dei provvedimenti in vigore, in ordine alla quale è sufficiente rimandare a quanto osservato in precedenza *sub II.D.3.a.*, con la sola precisazione, per certi versi ovvia, che la modificazione dei provvedimenti in vigore per un verso non comporta necessariamente il mutamento del tipo di affidamento (ad esempio da condiviso ad esclusivo) o del collocamento della prole (ad esempio da un genitore all'altro), potendo anche risolversi semplicemente in una differente regolamentazione dei tempi o delle modalità di svolgimento degli incontri, e per altro verso può rispondere ad esigenze di carattere oggettivo più che 'punitivo' (il giudice non deve semplicemente verificare se effettivamente siano ravvisabili gravi inadempienze oppure atti pregiudizievoli al minore od ostativi al corretto svolgimento dell'affidamento e di conseguenza 'sanzionare' il genitore inadempiente con una modificazione – per il medesimo, *sic et simpliciter*, 'punitiva' – dei provvedimenti in vigore, ma deve sforzarsi di comprendere, partendo dai dati emersi nel caso concreto, in che modo la modificazione dei provvedimenti in vigore sia in grado di ricondurre ad un maggiore equilibrio le relazioni personali tra ciascuno dei genitori ed i figli e tra i genitori, prevenendo la reiterazione di inadempienze o di atti pregiudizievoli/ostativi)] nonché alla impugnabilità dei provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c.

Le sanzioni di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) del comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c., sono misure di coercizione indiretta, poiché la loro finalità è quella di 'convincere' l'obbligato, inadempiente, ad adempiere. Esse sono applicabili da sole o unitamente ai provvedimenti che modificano i provvedimenti in

provvedimenti in vigore e/o sanzionatori.

vigore, non sono necessariamente alternative (difatti possono essere applicate più sanzioni congiuntamente) e sono reiterabili (nel caso di recidiva).

In linea generale può dirsi:

- che le sanzioni *de quibus* sono pene private, in qualche modo assimilabili agli strumenti di coercizione già esistenti in altri ordinamenti¹⁰⁶;
- che, stante la loro funzione punitiva (anche a fini dissuasivo-preventivi), è indispensabile la sussistenza dell'elemento soggettivo (ossia che il genitore autore delle gravi inadempienze o degli atti pregiudizievoli/ostativi abbia agito in modo consapevole e volontario);
- che le sanzioni di tipo risarcitorio [nn. 2) e 3)], proprio in ragione della loro finalità (punitiva, anche a fini di coercizione-dissuasione, più che compensativa¹⁰⁷), vanno commisurate non solo all'entità del danno (che deve esservi, ancorché liquidabile con valutazione equitativa ex art.

¹⁰⁶ il riferimento è ai *punitive damages* (“danni punitivi”) del diritto anglosassone ed alle *astreintes* (“penalità di mora”, ossia somme di denaro che il debitore inadempiente deve pagare al creditore della prestazione fino all’adempimento, il cui ammontare è generalmente fissato per ogni giorno di ritardo) del diritto francese. Peraltro si è anche sostenuto, relativamente alle sanzioni risarcitorie, che trattasi di figure inquadrabili nell’alveo degli artt. 2043 e 2059 c.c. La giurisprudenza di merito, sul punto, è oscillante, poiché a pronunce che sostengono l’inquadrabilità delle sanzioni *de quibus* nella categoria dei “danni punitivi” (Trib. Palermo, 02/11/2007, *DeJure Giuffré*; Trib. Messina, 25/09/2007, *DeJure Giuffré*; Trib. Messina, 05/04/2007, *Giur. merito* 2008, 6, 1584; Trib. Vallo della Lucania, 07/03/2007, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, 5, 472), si contrappongono pronunce di tenore opposto (Trib. Varese, sez. 1^a, 07/05/2010, *DeJure Giuffré*; C. app. Catania, 18/02/2010, *Il civilista* 2011, 2, 61). Quanto alla giurisprudenza di legittimità, va ricordata Cass., sez. 3^a civ., n. 1183/2007 (espressamente menzionata da Trib. Varese, sez. 1^a, 07/05/2010, cit.), secondo cui “*Nel vigente ordinamento alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l’attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l’idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta. È quindi incompatibile con l’ordinamento italiano l’istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata all’accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall’illecito e non può considerarsi provata in re ipsa. È inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell’obbligato*” (nella specie era stata impugnata per cassazione la pronuncia di rigetto dell’istanza di delibazione di una sentenza statunitense che aveva condannato il produttore di un casco protettivo utilizzato dalla vittima di un incidente stradale. La sentenza aveva accertato il difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura del casco e aveva liquidato i danni secondo criteri che il giudice della delibazione aveva ritenuto propri dell’istituto dei danni punitivi – “*punitive damages*” – e come tali incompatibili con l’ordine pubblico interno).

¹⁰⁷ che pare invece ravvisabile nell’ipotesi risarcitoria prevista dall’art. 6 u.c. della L. n. 898/1970, nel caso di mancata comunicazione del cambiamento di residenza o di domicilio da parte di uno dei genitori.

1226 c.c.), ma anche alla gravità della violazione posta in essere¹⁰⁸;

- che l'irrogazione delle sanzioni di tipo risarcitorio non preclude l'instaurazione di un giudizio ordinario avente per oggetto il risarcimento dei danni ulteriori, secondo le regole proprie delle azioni risarcitorie¹⁰⁹.

Per quel che concerne l'impugnabilità dei provvedimenti, l'art. 709 *ter* comma 3° c.p.c. stabilisce che “*I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari*”.

L'art. 709 *ter* c.p.c., dunque, non contiene alcuna disposizione specifica sul punto, limitandosi a rinviare alle impugnazioni ordinarie già previste nell'ordinamento (è noto che, in materia di impugnazioni, vige il principio di tassatività).

Sul punto non vi sono osservazioni particolari da fare, se non per quel che riguarda i provvedimenti adottati dal giudice istruttore (in ordine ai provvedimenti adottati da altri giudici non si registrano dubbi significativi circa i mezzi d'impugnazione proponibili): infatti chi ritiene che le ordinanze pronunciate dal giudice istruttore nei giudizi di separazione e divorzio siano ordinariamente reclamabili dinanzi al Tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.¹¹⁰, afferma che tale mezzo di impugnazione è proponibile anche contro le ordinanze con le quali il giudice istruttore abbia adottato i provvedimenti 'solutori' e/o 'modificativi' e/o 'sanzionatori' di cui all'art. 709 *ter* c.p.c.; chi invece ritiene che le ordinanze pronunciate dal giudice istruttore nei giudizi di separazione e divorzio siano ordinariamente reclamabili dinanzi alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 708 u.c. c.p.c.,

¹⁰⁸ la questione, come detto, non è pacifica nella giurisprudenza di merito (vedi nota n. 106), in quanto coloro i quali sostengono che le misure risarcitorie sono soggette ai principi generali vigenti in materia risarcitoria, attribuiscono rilievo al pregiudizio arrecato e non alla gravità della condotta posta in essere dal genitore inadempiente o autore della violazione.

¹⁰⁹ per quel che concerne la sanzione di cui al n. 2) dell'art. 709 *ter* comma 2° c.p.c. (risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore) è controverso, sia in dottrina sia nella giurisprudenza di merito, se l'istanza possa essere avanzata dall'altro genitore (nella qualità di rappresentante del minore o sostituto processuale dello stesso) o, invece, debba essere avanzata da un curatore speciale all'uopo nominato ex artt. 78-80 c.p.c. (per conflitto di interessi tra figlio-rappresentato e genitore-rappresentante). Nella giurisprudenza di merito (non si registrano, allo stato, pronunce di legittimità) Trib. Palermo, 02/11/2007, cit., si è espresso nel primo senso e Trib. Varese, 07/05/2010, cit., si è espresso nel secondo senso (ritenendo inevitabile la sussistenza di un conflitto di interessi tra figlio-rappresentato e genitore-rappresentante).

¹¹⁰ l'assenza di un diritto vivente sullo specifico tema è stata evidenziata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 322 in data 11/11/2010.

afferma che tale mezzo di impugnazione è proponibile anche contro le ordinanze del giudice istruttore ex art. 709 *ter* c.p.c.; chi infine ritiene che le ordinanze pronunciate dal giudice istruttore nei giudizi di separazione e divorzio non siano reclamabili né dinanzi al Tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. né dinanzi alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 708 u.c. c.p.c., afferma che i provvedimenti 'solutori' e/o 'modificativi' e/o 'sanzionatori' di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., adottati dal giudice istruttore nel corso del giudizio, vanno impugnati unitamente alla sentenza del Tribunale (sempre che da quest'ultima siano stati confermati), secondo la disciplina generale dettata dall'art. 178 comma 1° c.p.c. (ritenuto applicabile, non essendovi ragione di pensare che le ordinanze pronunciate dal giudice istruttore in materia abbiano carattere di 'irrevocabilità').

Orbene, così brevemente ricostruita la disciplina introdotta dall'art. 709 *ter* c.p.c.¹¹¹, rimane da esaminare se le disposizioni dell'art. 709 *ter* c.p.c. possano trovare applicazione nel caso di genitore non collocatario o non affidatario che ometta di incontrare la prole nonché nel caso di genitore collocatario o affidatario che ostacoli gli incontri della prole con l'altro genitore.

Ad entrambi i quesiti deve risponderci affermativamente.

Invero il genitore non collocatario o non affidatario che consapevolmente e volontariamente ometta (o addirittura rifiuti espressamente) di incontrare i figli si rende per ciò stesso autore di un comportamento (omissivo) che non solo genera un 'conflitto' in ordine all'esercizio della potestà genitoriale (di fatto esercitata solo dall'altro genitore, senza alcuna forma di condivisione, in violazione dell'art. 155 comma 3° periodo primo c.c.) e delle modalità dell'affidamento (che concernono i tempi e le modalità di presenza della prole presso ciascun genitore nonché le modalità di contribuzione di ciascun genitore alla cura, all'istruzione ed all'educazione della prole), ma integra gli estremi di una "grave inadempienza" dei doveri genitoriali cristallizzati

¹¹¹ la ricostruzione, invero, è stata necessariamente sintetica, poiché le problematiche connesse all'interpretazione ed all'applicazione dell'art. 709 *ter* c.p.c. sono tali e tante da rendere il loro esame completo risulta incompatibile con l'oggetto e lo scopo della presente relazione (tanto più che alla casistica ed agli approfondimenti relativi all'art. 709 *ter* c.p.c. è specificamente dedicato uno dei previsti gruppi di lavoro pomeridiano).

nell'ordinamento giuridico (a cui il Giudice deve dare attuazione mediante i provvedimenti pronunciati in sede di separazione e divorzio o in sede di regolamentazione delle questioni relative ai figli di genitori non coniugati che si dividano) e comunque gli estremi di atti "pregiudizievoli per il minore" od "ostativi al corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento" (il suddetto comportamento del genitore non collocatario o non affidatario, infatti, inevitabilmente pregiudica, almeno in parte, i diritti della prole previsti nell'art. 155 comma 1° c.c. – diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori; diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi i genitori; diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale – ed ostacola il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, che deve essere ispirato alla tutela dei predetti diritti e più in generale dell'interesse della prole). Non è revocabile in dubbio, dunque, che il giudice, nei confronti del genitore non collocatario o non affidatario che in modo consapevole e volontario ometta (o si rifiuti espressamente) di incontrare la prole¹¹², possa adottare (previa convocazione delle parti e valutazione delle eventuali giustificazioni offerte) sia provvedimenti "opportuni" finalizzati alla soluzione della controversia (come evidenziato in precedenza, tali provvedimenti possono sostanziarsi nell'interpretazione, nella specificazione o nel chiarimento dei provvedimenti in vigore; nell'esperimento di un tentativo di conciliazione; nell'attivazione dei servizi sociali o delle altre strutture operanti sul territorio; in un'opera di *moral suasion* nei confronti del genitore inadempiente, diretta a ricordargli l'importanza del ruolo genitoriale e la necessità di osservare le prescrizioni in modo puntuale e collaborativo nell'interesse superiore della prole, eventualmente accompagnata dal suggerimento rivolto ad entrambi i genitori di seguire un percorso di mediazione familiare che miri al raggiungimento di

¹¹² sul punto si veda quanto evidenziato sopra, *sub II.D.3.a.*: se il disinteresse od il rifiuto dipendono da cattive condizioni di salute fisica e/o psichica del genitore non collocatario o non affidatario, non può parlarsi di condotta consapevole e volontaria, per cui di sicuro non potrebbero essere applicate le sanzioni di cui all'art. 709 *ter* comma 2° nn. 1), 2), 3) e 4) c.p.c. (si potrebbe disporre, invece, la modificazione dei provvedimenti in vigore, qualora ciò fosse funzionale all'oggettiva salvaguardia dei diritti e dell'interesse della prole, se non ai sensi dell'art. 709 *ter* comma 2° c.p.c., quanto meno ai sensi dell'art. 155 *ter* c.c., il quale prescinde da qualsivoglia profilo di 'colpevolezza'); parimenti, va esclusa l'applicabilità dell'art. 709 *ter* c.p.c. qualora il genitore non collocatario o non affidatario ometta di incontrare i figli per il rifiuto di questi ultimi ovvero per la sussistenza di un insanabile contrasto con i figli a lui non direttamente imputabile.

un accordo) sia provvedimenti modificativi di quelli in vigore (trasformazione dell'affidamento condiviso in affidamento esclusivo all'altro genitore; modificazione dei tempi e delle modalità di presenza della prole presso ciascun genitore; cambiamento delle modalità di partecipazione del genitore inadempiente ai processi decisionali riguardanti i figli o, più in generale, delle modalità di esercizio della potestà genitoriale) sia provvedimenti sanzionatori [dall'ammonimento (sanzione indubbiamente blanda, ma la cui efficacia non deve essere sottovalutata, perché l'adozione di sanzioni più incisive può finire talvolta col provocare ulteriori – 'pericolosi' – inasprimenti della conflittualità, tanto più inopportuni se solo si consideri che la funzione delle sanzioni non è quella di dare 'soddisfazione' o 'ragione' ad uno dei genitori, bensì quella di indurre il genitore inadempiente al rispetto delle prescrizioni nell'interesse della prole, di tal che l'obiettivo del giudice deve essere quello di ottenere il massimo risultato, appunto nell'interesse esclusivo della prole, con la minore invasività possibile all'interno delle dinamiche relazionali intrafamiliari), al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali¹¹³ (nei confronti del minore e/o nei confronti dell'altro genitore) alla sanzione amministrativa pecuniaria (in favore della Cassa delle ammende), eventualmente anche congiuntamente].

Ragionamento analogo va fatto nei confronti del genitore collocatario o affidatario che, in modo consapevole e volontario, ostacoli gli incontri della prole con l'altro genitore.

Infatti anche tale condotta (commissiva e/o omissiva) non solo genera sicuramente una controversia tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale (l'esercizio della quale risulta di fatto precluso all'altro genitore o comunque ingiustamente intralciato, in violazione dell'art. 155 comma 3° periodo primo c.c.) e delle modalità dell'affidamento (risultando di

¹¹³ il danno c.d. esistenziale, invece, sembrerebbe ormai escluso dopo Cass., sez. un. civ., n. 26972/2008 (seguite da Cass., sez. 3^a civ., n. 4952/2010; Cass., sez. 3^a civ., n. 20684/2009; Cass., sez. un. civ., n. 3677/2009). È stato correttamente osservato, poi, che la procedura di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. ha lo scopo di garantire la soluzione delle controversie familiari in corso – insorte sia nell'ambito di una lite già pendente fra i genitori sia nell'ambito di una situazione già definita, ma suscettibile di modifica – e di stimolare l'adempimento dei doveri genitoriali anche mediante l'adozione dei provvedimenti sanzionatori di cui al comma 2° (così Trib. Reggio Emilia, decreto 31/03/2008, in *Fam. Pers. Succ.* 2008, 5, 468), sicché, una volta esaurita tale fase, non può farsi ricorso alla procedura *de qua* per proporre una domanda diretta ad ottenere il risarcimento dei danni da illecito c.d. endofamiliare (essa va proposta, invece, in un ordinario giudizio di cognizione).

fatto eliminate o comunque ridotte, sia sotto il profilo quantitativo sia sotto il profilo qualitativo, la presenza della prole presso l'altro genitore e la concreta possibilità per quest'ultimo di contribuire in modo adeguato alla cura, all'istruzione ed all'educazione dei figli), ma costituisce inoltre "grave inadempienza" dei doveri genitoriali o comunque integra gli estremi di atti "pregiudizievoli per il minore" od "ostativi al corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento" (il suddetto comportamento del genitore collocatario o affidatario, infatti, inevitabilmente pregiudica, totalmente o parzialmente, l'attuazione dei diritti della prole previsti nell'art. 155 comma 1° c.c. e dunque il corretto svolgimento – da valutarsi dal punto di vista dei figli e del loro interesse – delle modalità dell'affidamento).

Anche in questo caso, dunque, si giustificano l'adozione (sempre previa convocazione dei genitori e valutazione delle eventuali spiegazioni offerte) di provvedimenti "opportuni" finalizzati alla soluzione della controversia (sul punto è sufficiente rinviare a quanto evidenziato in precedenza), la modificazione dei provvedimenti in vigore (ad esempio trasformando l'affidamento condiviso in affidamento esclusivo all'altro genitore; collocando la prole minorenni presso l'altro genitore; modificando i tempi e le modalità di presenza della prole presso ciascun genitore; cambiando le modalità di partecipazione del genitore inadempiente ai processi decisionali riguardanti i figli o, più in generale, le modalità di esercizio della potestà genitoriale), l'irrogazione delle sanzioni di cui ai nn. 1), 2), 3) e 4) del comma 2° dell'art. 709 *ter* c.p.c.

È altresì evidente che i medesimi provvedimenti possono essere adottati nei confronti del genitore collocatario o affidatario nel caso in cui emerga che l'eventuale rifiuto dei figli nei confronti dell'altro genitore o l'insanabile contrasto esistente tra quest'ultimo e la prole siano stati in realtà cagionati proprio dalla condotta del genitore collocatario o affidatario, eventualmente posta in essere in forme allusive e/o subdole (tanto più efficaci quanto più la prole sia in tenera età), o addirittura da veri e propri comportamenti 'mobbizzanti'¹¹⁴.

¹¹⁴ la Corte Suprema ha avuto modo di occuparsi di *mobbing* in talune pronunce, per lo più in ambito penalistico (v. Cass., sez. 6^a pen., n. 685/2010; Cass., sez. 6^a pen., n. 28553/2009; Cass., sez. 6^a pen., n. 26594/2009; Cass., sez. 5^a pen., n. 33624/2007) e giuslavoristico (Cass., sez. lav., n. 3785/2009; Cass.,

Ipotesi frequente di applicazione delle disposizioni dell'art. 709 *ter* c.p.c. è data dalla condotta del genitore collocatario o affidatario che, senza previo accordo con l'altro genitore e senza autorizzazione, si trasferisca con il figlio in altra località o addirittura all'estero. È evidente che qui non è minimamente in discussione il diritto di un genitore di stabilire la propria residenza là dove ritenga più opportuno e confacente alle proprie esigenze personali e/o lavorative, non potendo il Giudice porre limiti al diritto costituzionalmente riconosciuto di libertà di movimento (arg. ex art. 16 Cost.), prevista anche dagli artt. 146 c.c. e 708 c.p.c. (*sub specie* dell'autorizzazione a vivere separati). Tale diritto, però, non può risolversi in un allontanamento arbitrario della prole dall'altro genitore, che, ostacolando quest'ultimo nell'esercizio della potestà genitoriale e delle modalità dell'affidamento (o addirittura spogliandolo, di fatto, della sua funzione genitoriale), pregiudica inevitabilmente il diritto del minore alla bigenitorialità. Infatti dovere primario di un buon genitore affidatario e/o collocatario è quello di non allontanare il figlio dall'altra figura genitoriale: quali che siano state le ragioni del fallimento del matrimonio, ogni genitore responsabile, consapevole dell'insostituibile importanza della presenza dell'altro genitore nella vita del figlio, deve saper mettere da parte le rivendicazioni e conservarne l'immagine positiva agli occhi e nel cuore del minore, garantendo il più possibile le frequentazioni dell'altro genitore con la

sez. lav., n. 22893/2008; Cass., sez. lav., n. 22858/2008; Cass., sez. lav., n. 4774/2006). In particolare Cass., sez. lav., n. 3785/2009 ha efficacemente statuito che *“Per mobbing si intende comunemente una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, sistematica e protratta nel tempo, tenuta nei confronti del lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili che finiscono per assumere forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l'emarginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio fisiopsichico e del complesso della sua personalità. Ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro sono, pertanto, rilevanti: a) la molteplicità di comportamenti di carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano stati posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio; b) l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio”*. Si è osservato che i rapporti familiari si prestano al verificarsi di fenomeni di *mobbing* (di tipo coniugale, familiare e genitoriale); gli estremi del *mobbing* genitoriale sono ravvisabili allorché un genitore pone in essere, in modo duraturo, comportamenti di tipo persecutorio nei confronti dell'altro genitore, intenzionalmente diretti ad pregiudicare i rapporti di quest'ultimo con la prole (ad esempio denigrando la figura dell'altro genitore agli occhi dei figli, onde indurre questi ultimi ad evitare gli incontri; ostacolando in vario modo, in modo pretestuoso, il regolare svolgimento degli incontri dell'altro genitore con la prole; allontanando arbitrariamente la prole dal luogo di residenza; ecc.).

prole minorenni.

Per quel che concerne i figli “minorenni” portatori di *handicap* grave, è (ovviamente) indiscutibile l’applicabilità delle disposizioni dell’art. 709 *ter* c.p.c. nel caso di genitore non collocatario o non affidatario che ometta di incontrare e tenere con sé la prole o nel caso di genitore collocatario o affidatario che ostacoli gli incontri della prole con l’altro genitore.

Si tratta ora di capire se le disposizioni dell’art. 709 *ter* c.p.c. trovino applicazione anche nel caso in cui la prole portatrice di *handicap* grave sia “maggiorrenni”.

Al quesito, secondo lo scrivente, deve risponderci negativamente.

Infatti l’adozione dei provvedimenti di cui all’art. 709 *ter* c.p.c. presuppone sempre, secondo il chiaro dettato normativo (comma 1°), l’esistenza di una controversia tra i genitori “*in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell’affidamento*” (ciò vale anche per il comma 2°, che, come spiegato in precedenza, si pone all’interno del perimetro tracciato dal comma 1°).

Sta di fatto, però, che con la maggiore età vengono meno sia l’una (“potestà genitoriale”) sia l’altro (“affidamento”).

A diversa conclusione non può portare l’art. 155 *quinquies* comma 2° c.c., il quale dispone che “*Ai figli maggiorrenni portatori di handicap grave ai sensi dell’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori*”, poiché detta disposizione è da intendere nel senso che i figli maggiorrenni portatori di *handicap* grave sono equiparati integralmente ai figli minorenni solo per quanto riguarda il mantenimento e l’assegnazione della casa familiare, ossia per quanto riguarda i profili patrimoniali.

Non si ignora che, accanto alle due opzioni interpretative principali (secondo la prima, qui non condivisa, vi sarebbe una equiparazione piena dei figli maggiorrenni portatori di *handicap* grave ai figli minorenni; la seconda – qui condivisa – sostiene invece che l’equiparazione dei figli maggiorrenni portatori di *handicap* grave ai figli minorenni è limitata ai suindicati profili patrimoniali), ve ne è una terza (per così dire ‘attenuata’ rispetto alla prima), secondo la quale il Giudice della separazione o del divorzio, pur non dovendo stabilire chi debba esercitare la potestà sul maggiorrenni portatore di

handicap grave, potrebbe, ove ne ravvisasse la necessità, stabilire il genitore incaricato di occuparsi e di avere cura del figlio medesimo nonché in quali orari e con quali modalità (di conseguenza, in caso di contrasti tra i genitori ed inadempienze o atti pregiudizievoli/ostativi, sarebbe pienamente applicabile la disciplina dettata dall'art. 709 *ter* c.p.c.). Infatti, anche a voler prescindere dal fatto non secondario, già rimarcato, che l'art. 155 *quinquies* comma 2° c.c. è inserito in un contesto normativo chiaramente volto a disciplinare i provvedimenti a contenuto patrimoniale nell'interesse della prole, comunque v'è da rilevare che la norma *de qua*, per essere compatibile con il sistema, non può che essere interpretata restrittivamente, come mero richiamo alla persistenza (in capo ai genitori) dei doveri di cura ex art. 147 c.c., anche sul versante patrimoniale, del figlio maggiorenne portatore di *handicap* grave. Una diversa impostazione si presterebbe a evidenti incongruenze, sia perché l'*handicap* grave può essere anche solo fisico (il legislatore parla di “*minorazione, singola o plurima*” che “*abbia ridotto l'autonomia personale*”) e dunque non incidere sulla capacità di intendere e di volere del soggetto (il quale, solo perché soggetto a siffatta grave minorazione fisica, non potrebbe – evidentemente – subire indebite ingerenze e/o limitazioni nella sua capacità di agire, limitazioni che l'istituto dell'affidamento chiaramente comporta), sia perché nel nostro ordinamento non è giuridicamente concepibile che una persona legalmente capace possa essere ‘affidata’ alla stregua di un figlio minore. In altre parole: se il maggiorenne è capace, decide da sé con chi vivere; se il maggiorenne è incapace, proprio perché con la maggiore età è venuta meno la presunzione legale di incapacità, soccorrono altri istituti, nel senso che ben può essere disposta in suo favore, previa necessaria verifica giudiziale, l'adozione di una adeguata misura di protezione (interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno), nel contesto della quale è anche possibile limitare opportunamente la capacità di agire del soggetto con meccanismi di sostituzione (o affiancamento) debitamente calibrati alle esigenze di tutela. Conseguente a tanto che se il figlio maggiorenne portatore di *handicap* grave è persona capace di intendere e di volere, non vi sono ragioni perché la sua capacità debba essere compressa sotto il profilo della manifestazione di volontà nella scelta del luogo o del genitore con cui vivere (non c'è motivo,

infatti, di trattarlo diversamente da un figlio maggiorenne privo di *handicap*); se, viceversa, il figlio maggiorenne è portatore di un *handicap* grave che limiti o escluda la sua capacità di agire, sarà necessario che tale incapacità sia legalmente accertata, in modo che la sua volontà possa esprimersi attraverso il soggetto che l'ordinamento giuridico ha predisposto a sua protezione e con le forme legislativamente previste.

In conclusione, la *ratio* della norma è quella di 'aiutare' i figli maggiorenni portatori di *handicap* grave, estendendo anche in loro favore le norme che tutelano, sotto il profilo patrimoniale, i figli minorenni, e non certo quella di danneggiarli. L'impostazione qui seguita risulta in linea con un indirizzo giurisprudenziale di merito¹¹⁵.

È del tutto evidente, infine, che non può escludersi, *a priori*, la possibilità che gravi inadempienze o atti pregiudizievoli/ostativi siano stati posti in essere da entrambi i genitori: ciò potrebbe giustificare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. nei confronti di entrambi.

Si ribadisce, da ultimo, che le suindicate condotte poste in essere dall'uno e/o dall'altro genitore costituiscono ipotesi di violazione o trascuratezza dei doveri inerenti alla potestà genitoriale, sicché legittimano, sussistendo grave pregiudizio per il figlio, l'adozione dei provvedimenti ablativi o limitativi della potestà ex artt. 330-333 c.c. da parte del Tribunale per i Minorenni di cui si è già detto.

II.D.3.c. L'art. 614 *bis* c.p.c.

L'esecuzione dei provvedimenti concernenti la prole minorenni, in particolare di quelli relativi all'affidamento, alla disciplina degli incontri dei figli con il genitore non affidatario o non collocatario ed all'esercizio della potestà genitoriale, ha sempre costituito un tema dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza.

In epoca anteriore all'entrata in vigore della L. n. 54/2006 si riteneva che i provvedimenti *de quibus* (aventi efficacia esecutiva, anche se pronunciati in via interinale¹¹⁶) dovessero essere eseguiti secondo le regole proprie dell'esecuzione forzata.

¹¹⁵ Trib. Bari, 20/11/2010 (proc. n. 5328/2007 R.G.A.C.). Nel medesimo senso Trib. Bari, 18/05/2010 (proc. n. 3867/2009 R.G.V.G.); Trib. Padova, 22.5.2006 (in <http://dejure.giuffre.it>).

¹¹⁶ art. 189 disp. att. c.p.c.

Non era ben chiaro, tuttavia, quali norme dovessero essere concretamente applicate: secondo taluni, i provvedimenti *de quibus* (in particolare quelli concernenti l'affidamento della prole minorenni e gli incontri della stessa con il genitore non convivente), in caso di mancato adempimento spontaneo, dovevano essere eseguiti ai sensi degli artt. 605-611 c.p.c. (che disciplinano l'esecuzione per consegna o rilascio), sotto la direzione del giudice dell'esecuzione, eventualmente coadiuvato da esperti (ausiliari); secondo altri, detti provvedimenti dovevano essere eseguiti sempre sotto la direzione del giudice dell'esecuzione, con l'eventuale ausilio di esperti, ma ai sensi degli artt. 612-614 c.p.c. (che disciplinano l'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare); secondo altri ancora, non potendo farsi luogo ad una vera e propria "esecuzione forzata" in relazione a provvedimenti riguardanti non cose, bensì persone (oltretutto minorenni), i provvedimenti *de quibus* dovevano essere eseguiti sotto il controllo del giudice tutelare, coadiuvato da assistenti sociali e psicologi (ausiliari) ed eventualmente dall'Ufficiale giudiziario.

A fronte della evidente difficoltà di applicare le categorie dell'esecuzione forzata in materia familiare, si erano sviluppate altre forme di tutela nel campo penale e nel campo civile, come si è evidenziato in precedenza.

La L. n. 54/2006 ha incrementato ulteriormente le forme di tutela offerte dal diritto civile, inserendo, nel codice di rito civile, l'art. 709 *ter*, che ha previsto forme di soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento, anche mediante strumenti di coercizione indiretta, escludendo il giudice dell'esecuzione ed attribuendo ogni competenza in materia al giudice della cognizione¹¹⁷.

A quanto sin qui detto deve aggiungersi il recente intervento operato dalla L. n. 69/2009.

Infatti l'art. 49 comma 1° della L. n. 69/2009 ha inserito, nel codice di rito civile, l'art. 614 *bis* c.p.c., intitolato "*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*", il quale così recita: "*Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su*

¹¹⁷ v. sopra, *sub* II.D.3.b.

richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile”.

Con l'art. 614 *bis* c.p.c. il legislatore ha introdotto uno strumento di coercizione indiretta di portata generale, secondo il modello delle *astreintes* francesi già menzionate in precedenza.

L'art. 614 *bis* c.p.c. è indubbiamente diretto a favorire l'adempimento di provvedimenti di condanna ad un *facere* infungibile o ad un *non facere* (per gli altri obblighi, l'esecuzione forzata diretta appare sufficiente a soddisfare l'interesse dell'avente diritto, senza l'aggiunta della ulteriore 'sanzione' qui in esame).

In questa ottica, dunque, è ragionevole affermare che l'art. 614 *bis* c.p.c. possa trovare applicazione, ad esempio, nel caso di genitore affidatario o collocatario che ostacoli gli incontri dell'altro genitore con la prole, proprio al fine di indurre il genitore inadempiente a desistere da tale condotta e ad osservare puntualmente le prescrizioni (non importa se contenute in sentenza o in provvedimenti parimenti esecutivi, come ordinanze e decreti camerali)¹¹⁸.

La somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, è fissata nel provvedimento di condanna dal Giudice (tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o

¹¹⁸ ciò, ovviamente, sempre che non si opini nel senso che l'art. 709 *ter* c.p.c. (norma speciale) renda inapplicabile l'art. 614 *bis* c.p.c. (norma generale). In linea generale, però, non sembra esservi una insuperabile incompatibilità tra i due istituti, che dunque potrebbero anche coesistere. È tuttavia evidente che l'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. può essere non agevole in materia di “diritto di visita”, se sol si consideri, ad esempio, che il mancato svolgimento degli incontri di un genitore con la prole potrebbe anche essere dovuto a fatti non ascrivibili all'altro genitore, il quale si troverebbe, ciò non ostante, ad essere 'condannato' in via anticipata (e dunque non avrebbe altra possibilità di difendersi se non *ex post*, nelle forme dell'opposizione).

prevedibile e di ogni altra circostanza utile) “*su richiesta di parte*” (potrebbe qui riproporsi il problema della effettiva indispensabilità dell’istanza di parte, già esaminato a proposito dell’art. 709 *ter* c.p.c.), salva la manifesta iniquità.

II.E. IL REGOLAMENTO (CE) N. 2201/2003 DEL CONSIGLIO, DEL 27/11/2003: ANCORA QUALCHE CENNO.

Si è già evidenziato, in precedenza, che il Regolamento (CE) n. 2201/2003 riveste, in ambito comunitario, un ruolo di estrema importanza.

Esso contiene anche norme specifiche in ordine alle relazioni con altri atti normativi.

In particolare il Regolamento sostituisce, nei rapporti tra gli Stati membri, le convenzioni vigenti alla data della sua entrata in vigore concluse tra due o più Stati membri su materie disciplinate dal regolamento medesimo (art. 59 paragrafo 1°), ad esclusione di quanto stabilito negli artt. 59 paragrafo 2°¹¹⁹, 60¹²⁰, 63¹²¹ e 64¹²².

Inoltre il Regolamento, per quel che concerne le relazioni con la Convenzione dell’Aia del 19/10/1996 (sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione, in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori), prevede l’applicazione delle proprie norme se il minore in questione alla sua residenza abituale nel territorio di uno Stato membro e, per quanto riguarda il riconoscimento dell’esecuzione di una decisione emessa dal giudice competente di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, anche se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato non membro che è parte contraente di detta convenzione (art. 61).

¹¹⁹ l’art. 59 paragrafo 2° riguarda i rapporti reciproci tra Finlandia e Svezia.

¹²⁰ l’art. 60 dispone la prevalenza del Regolamento, nei rapporti tra gli Stati che ne sono parti, su determinate convenzioni, nella misura in cui queste riguardino materie da esso disciplinate, e precisamente: sulla Convenzione dell’Aia, del 05/10/1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori; sulla Convenzione del Lussemburgo, del 08/09/1967, sul riconoscimento delle decisioni relative al vincolo matrimoniale; sulla Convenzione dell’Aia del 01/06/1970, sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali; sulla Convenzione europea, del 20/05/1980, sul riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell’affidamento; sulla Convenzione dell’Aia, del 25/10/1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori. riguardante i rapporti reciproci tra Finlandia e Svezia.

¹²¹ l’art. 63 riguarda i Trattati con la Santa Sede.

¹²² l’art. 64 contiene disposizioni transitorie.

Il Regolamento, ancora, stabilisce che gli accordi e le convenzioni di cui all'art. 59 paragrafo 1° ed agli artt. 60 e 61 continuano a produrre effetti nelle materie da esso non disciplinate e che le convenzioni di cui all'art. 60, in particolare la Convenzione dell'Aja del 1980, continuano ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne sono parti contraenti conformemente all'art. 60 (art. 62).

In linea generale, per quel che concerne il riconoscimento e l'attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri, nelle convenzioni internazionali non si rinvencono disposizioni specifiche, sicché trovano applicazione le norme di diritto internazionale privato, come è noto totalmente riformato dalla legge n. 218/1995 (artt. 64 e ss.)¹²³.

¹²³ per comodità di lettura, si riportano di seguito gli articoli da 64 a 68 della L. n. 218/1995 [l'art. 67 nel testo modificato dall'art. 34 comma 38° lett. a) e b) del D.Lg. n. 150/2011, recante "Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69" (Semplificazione dei riti)] nonché l'art. 30 del D.Lg. n. 150/2011.

Legge n. 218/1995.

Art. 64 - Riconoscimento di sentenze straniere.

1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico.

Art. 65 - Riconoscimento di provvedimenti stranieri.

1. Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

Art. 66 - Riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria.

1. I provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione sono riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, sempre che siano rispettate le condizioni di cui all'articolo 65, in quanto applicabili, quando sono pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle disposizioni della presente legge, o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato ancorché emanati da autorità di altro Stato, ovvero sono pronunciati da un'autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano.

Art. 67 - Attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento.

1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad

Per quel che concerne, invece, il riconoscimento e l'esecuzione in ambito comunitario delle decisioni riguardanti la responsabilità genitoriale¹²⁴ (nella quale rientrano il diritto di affidamento ed il diritto di visita¹²⁵), il Regolamento n. 2201/2003 prevede: come regola, una procedura agevolata di delibazione, che si sostanzia in una verifica della legittimità della decisione operata dallo Stato a cui si richiede l'esecuzione della stessa (artt. 21 e ss.¹²⁶); come eccezione, l'eseguibilità diretta (artt. 40 e ss.).

esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria ordinaria l'accertamento dei requisiti del riconoscimento.

1-bis. Le controversie di cui al comma 1 sono disciplinate dall'articolo 30 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

2. La sentenza straniera o il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, unitamente al provvedimento che accoglie la domanda di cui al comma 1, costituiscono titolo per l'attuazione e per l'esecuzione forzata.

3. Se la contestazione ha luogo nel corso di un processo, il giudice adito pronuncia con efficacia limitata al giudizio.

Art.68 - Attuazione ed esecuzione di atti pubblici ricevuti all'estero.

1. Le norme di cui all'articolo 67 si applicano anche rispetto all'attuazione e all'esecuzione forzata in Italia di atti pubblici ricevuti in uno Stato estero e ivi muniti di forza esecutiva.

D.Lg. n. 150/2011.

Art. 30.

1. Le controversie aventi ad oggetto l'attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria di cui all'articolo 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218, sono regolate dal rito sommario di cognizione.

2. E' competente la corte di appello del luogo di attuazione del provvedimento.

¹²⁴ ovviamente non v'è qui ragione ad occuparsi di quelle riguardanti il divorzio, separazione personale e l'annullamento del matrimonio, materie alle quali pure il Regolamento si applica (art. 1 paragrafo 1°)

¹²⁵ artt. 1 e 2 del Regolamento n. 2201/2003.

¹²⁶ l'art. 21 del Regolamento prevede che *“Le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento”* (paragrafo 1°) e che *“Fatta salva la sezione 4 del presente capo [artt. 40 e ss., concernente appunto i casi di eseguibilità diretta (N.d.R.)], ogni parte interessata può far dichiarare, secondo il procedimento di cui alla sezione 2 [che disciplina l'istanza per la dichiarazione di esecutività (N.d.R.)], che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta”* (paragrafo 3°). L'art. 23 del Regolamento stabilisce, poi, i casi in cui le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute [*“a) se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; b) se, salvo i casi d'urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto; c) quando è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione; d) su richiesta di colui che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale, se è stata emessa senza dargli la possibilità di essere ascoltato; e) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa nello Stato membro richiesto; f) se la decisione è incompatibile con una decisione successiva sulla responsabilità genitoriale emessa in un altro Stato membro o nel paese terzo in cui il minore risiede, la quale soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto; o g) se la procedura prevista dall'articolo 56 non è*

L'eseguibilità diretta (in ordine alla quale si è anche parlato, in dottrina, di "titolo esecutivo europeo") è prevista per il diritto di visita e per il ritorno del minore ordinato da una decisione che lo prescriva (art. 40 paragrafo 1°), fermo restando che al titolare della responsabilità genitoriale non è precluso (art. 40 paragrafo 2°) di chiedere il riconoscimento e l'esecuzione della decisione in forza delle disposizioni del Regolamento di cui agli artt. 21 e ss. (riconoscimento) e 28 e ss. (esecuzione).

Il diritto di visita, conferito in forza di una decisione esecutiva emessa in uno Stato membro, è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento, se la decisione è stata "certificata" nello Stato membro d'origine (art. 41 paragrafo 1° periodo primo). L'autorità giurisdizionale può dichiarare esecutiva la decisione anche se il diritto interno non prevede l'esecutività di diritto, nonostante un eventuale ricorso, di una decisione che accorda un diritto di visita (art. 41 paragrafo 1° periodo secondo). Il giudice di origine rilascia il certificato concernente la decisione (compilato nella lingua di quest'ultima), sulla base del modello *standard* di cui all'allegato III (certificato sul diritto di visita), quando: a) in caso di procedimento in contumacia, la domanda giudiziale o un atto equivalente è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale che questi possa presentare le proprie difese, o, è stato notificato o comunicato nel mancato rispetto di queste condizioni, sia comunque accertato che il convenuto ha accettato la decisione inequivocabilmente; b) tutte le parti interessate hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; c) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione non sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità (art. 41 paragrafo 2°). Se il diritto di visita riguarda un caso che sin dall'atto della pronuncia della decisione riveste un carattere transfrontaliero, il certificato è rilasciato d'ufficio quando la decisione diventa esecutiva, anche se solo

stata rispettata"]. L'art. 28 del Regolamento, infine, dispone che "*Le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale su un minore, emesse ed esecutive in un determinato Stato membro, sono eseguite in un altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata, purché siano state notificate*" (paragrafo 1°), specificando però che "*la decisione è eseguita in una delle tre parti del Regno Unito (Inghilterra e Galles, Scozia e Irlanda del Nord) soltanto dopo esservi stata registrata per esecuzione, su istanza di una parte interessata*".

provvisoriamente; se invece il caso diventa transfrontaliero solo in seguito, il certificato rilasciato richiama di una delle parti (art. 41 paragrafo 3°).

Il ritorno del minore, ordinato con una decisione esecutiva emessa in uno Stato membro, parimenti è riconosciuto ed è eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento, se la decisione è stata certificata nello Stato membro d'origine (art. 42 paragrafo 1° periodo primo). L'autorità giurisdizionale può dichiarare esecutiva la decisione che prescrive il ritorno del minore anche se la legislazione nazionale non prevede l'esecutività di diritto, nonostante eventuali impugnazioni (art. 42 paragrafo 1° periodo secondo). Il giudice di origine che ha emanato la decisione rilascia il certificato (compilato nella lingua della decisione), sulla base del modello *standard* di cui all'allegato IV, solo se: a) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità; b) le parti hanno avuto la possibilità di essere ascoltate; c) l'autorità giurisdizionale ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'articolo 13 della convenzione dell'Aia del 1980. Il certificato contiene inoltre i dettagli delle misure per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno nello stato della residenza abituale eventualmente adottate dall'autorità giurisdizionale o da qualsiasi altra autorità (art. 42 paragrafo 2°).

Vanno infine brevemente ricordate le disposizioni concernenti il procedimento di esecuzione e le modalità pratiche per l'esercizio del diritto di visita:

A. procedimento di esecuzione:

- a. il procedimento esecutivo è disciplinato dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione (art. 47 paragrafo 1°);
- b. ogni decisione pronunciata dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro e dichiarata esecutiva ai sensi degli artt. 28 e ss. o certificata conformemente all'art. 41 paragrafo 1° o all'art. 42 paragrafo 1° è eseguita nello Stato membro dell'esecuzione alle stesse condizioni che si applicherebbero se la decisione fosse stata pronunciata in tale Stato membro (art. 47 paragrafo 2° periodo 1°);

in particolare una decisione certificata conformemente all'art. 41 paragrafo 1° o all'art. 42 paragrafo 1° non può essere eseguita se è incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente (art. 47 paragrafo 2° periodo 2°).

B. modalità pratiche per l'esercizio del diritto di visita:

- a. l'autorità giurisdizionale dello Stato membro dell'esecuzione può stabilire modalità pratiche volte ad organizzare l'esercizio del diritto di visita, qualora le modalità necessarie non siano o siano insufficientemente previste nella decisione emessa dalle autorità giurisdizionali dello Stato membro competente a conoscere del merito ed a condizione che siano rispettati gli elementi essenziali di quella decisione (art. 48 paragrafo 1°);
- b. le modalità pratiche stabilite a norma del paragrafo 1 cessano di essere applicabili in virtù di una decisione posteriore emessa dalle autorità giurisdizionali dello Stato membro competenti a conoscere del merito (art. 48 paragrafo 2°).

Va ricordato, infine, che gli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine (questi ultimi, soprattutto in materia familiare, sono tutt'altro che infrequenti) sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni (art. 46).

I. IL DIRITTO DEI FIGLI ALLA SALVAGUARDIA DELLA RELAZIONE GENITORIALE: L'EVOLUZIONE NORMATIVA, DAL CODICE CIVILE DEL 1942 ALL'ATTUALITÀ.	2
I.A. IL CODICE CIVILE DEL 1942.	2
I.B. LE LEGGI NN. 898/1970, 151/1975 E 74/1987.	3
I.B.1. <i>La L. n. 898/1970.</i>	3
I.B.2. <i>La L. n. 151/1975.</i>	4
I.B.3. <i>La L. n. 74/1987.</i>	7
I.C. GLI ULTERIORI SVILUPPI NORMATIVI.	9
I.C.1. <i>La L. n. 184/1983.</i>	9
I.C.2. <i>Le convenzioni internazionali.</i>	10
I.C.2.a. <i>La Convenzione di New York del 1989.</i>	10
I.C.2.b. <i>Le Convenzioni di Lussemburgo e de L'Aja del 1980.</i>	12
I.C.2.c. <i>La Convenzione di Strasburgo del 1996.</i>	15
I.C.3. <i>La normativa dell'Unione Europea. In particolare: il Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29/05/2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi; il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27/11/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.</i>	16
I.C.3.a. <i>Il Regolamento (CE) n. 1347/2000.</i>	17
I.C.3.b. <i>Il Regolamento (CE) n. 2201/2003.</i>	19
I.C.4. <i>La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.</i>	22
I.C.5. <i>La L. n. 54/2006.</i>	44
II. LA RESPONSABILITÀ DEL GENITORE NON AFFIDATARIO PER OMESSO ESERCIZIO DEL DIRITTO DI VISITA E QUELLA DEL GENITORE AFFIDATARIO CHE OSTACOLI IL DIRITTO DI VISITA DEL GENITORE NON AFFIDATARIO.	50
II.A. INTRODUZIONE.	50
II.B. PREMESSA.	51
II.C. IL (C.D.) "DIRITTO DI VISITA".	52
II.D. LE CONSEGUENZE DELL'OMESSO ESERCIZIO DEL (C.D.) DIRITTO DI VISITA.	54
II.D.1. <i>I provvedimenti ablativi o limitativi della potestà.</i>	55
II.D.2. <i>Le conseguenze penali.</i>	56
II.D.2.a. <i>L'art. 570 c.p.</i>	56
II.D.2.b. <i>L'art. 388 c.p.</i>	58
II.D.2.c. <i>L'art. 574 c.p.</i>	61
II.D.2.d. <i>L'art. 574 bis c.p.</i>	63
II.D.3. <i>Le (altre) conseguenze civili: gli artt. 155 bis e 155 ter c.c. e gli artt. 709 ter e 614 bis c.p.c.</i>	63
II.D.3.a. <i>Gli artt. 155 bis e 155 ter c.c.</i>	63
II.D.3.b. <i>L'art. 709 ter c.p.c.</i>	67
II.D.3.c. <i>L'art. 614 bis c.p.c.</i>	85
II.E. IL REGOLAMENTO (CE) N. 2201/2003 DEL CONSIGLIO, DEL 27/11/2003: ANCORA QUALCHE CENNO.....	88